

UNIVERSIDADE DE LISBOA



O CRIME DE OMISSÃO DE AUXÍLIO

NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

O artigo 200.º do Código Penal

Vanessa Filipa Leitão de Azevedo

Dissertação realizada no âmbito do
Mestrado Profissionalizante em
Ciências Jurídico-Forenses, sob a
orientação do Exmo. Prof. Dr.
Augusto Silva Dias.

Lisboa, 2015

Agradecimentos

Aos meus pais, pela grande oportunidade que me concederam de poder concretizar o sonho de concluir a licenciatura em Direito. À minha mãe, em especial, por ter tido sempre uma palavra de encorajamento, por sempre me incentivar ao ingresso no ensino superior e por ter sempre um abraço. Ao meu pai, pelo brilhozinho nos olhos sempre que uma nova meta era alcançada.

Aos meus padrinhos, que se enchiam de orgulho em cada vitória minha, que passava a ser deles. Em especial, um grande obrigado pelo traje acadêmico, com todo o espírito que vim a adquirir. Mais ainda, um grande obrigado, por tanto alento que me deram ao longo desta vida, que sempre estiveram do meu lado, mesmo quando deixaram de o estar fisicamente.

À minha restante família, que sempre esteve a meu lado.

Ao meu namorado, que foi um apoio incansável e que nunca duvidou das minhas capacidades, dando-me força quando mais precisei. Às crises de pânico em que respondia “Eu sei que vais conseguir”, pela paciência e pelas horas perdidas na ajuda à revisão dos textos.

Aos amigos que souberam lá estar.

À instituição que me acolheu, porque sem ela, nunca teria aprendido o suficiente para chegar até aqui.

Aos professores com quem me cruzei, uns mais que outros, mas cada um me fez evoluir de uma forma diversa.

E, em especial, ao meu Orientador, que sempre se mostrou disponível, desde o primeiro dia, para me orientar, esclarecer, informar, apoiar.

Não existe outra via para a
solidariedade humana senão a procura e o
respeito da dignidade individual.

Pierre Nouy

Nota prévia:

A presente exposição será redigida
ao abrigo do antigo acordo ortográfico.

Siglas e Abreviaturas

A. – Autor

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH – Bundesgerichtshof [Tribunal Federal Alemão]

BGHSt – Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentenças do BGH em matéria penal]

CC – Código Civil

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

i.e. – Isto é

p. – Página

pp. – Páginas

p. ex. – Por exemplo

p. e p. – Previsto e punido

pp. – Páginas

Reimp. – Reimpressão

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

Trad. – Tradução

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

v.g. – *verbi gratia* [por exemplo]

Vol. – Volume

Índice

Introdução	8
I. A Omissão no Direito Penal Português	9
1 – A evolução dos crimes por omissão	9
2 – Relação entre os conceitos de acção e omissão	10
3 – Distinção entre omissão pura e impura	11
II. Caracterização histórica do crime de omissão de auxílio	15
1 – Antecedentes históricos	15
2 – A evolução do crime de omissão de auxílio na Europa	17
3 – A evolução histórica em Portugal	22
III. A relação com o Bem jurídico	28
1 – Do Bem Jurídico	28
2 – Da solidariedade: bem jurídico ou fundamento do dever de auxílio?	30
2.1 - O conceito de «solidariedade»	30
2.2 – O contributo da doutrina cristã	31
2.3 – Da solidariedade como fundamento	32
3 – Os bens jurídicos tutelados pela norma	35
IV. A conduta típica	37
1 – O sujeito activo	37
1.1 – A posição fáctica do agente	38
1.2 – A possibilidade de cumprir o dever imposto	41
1.3 – Pluralidade de agentes	42
2 – O sujeito passivo	44
3 – Tipicidade objectiva	44
3.1 – A materialidade da conduta imposta pelo artigo 200.º	45
3.2 – Momento adequado à realização da conduta devida	47
3.3 – Realização da conduta e lesão de interesses juridicamente relevantes	49
4 – Caracterização dos elementos que constituem o tipo legal	52
4.1 – “Quem”	53
4.2 – “Em caso de grave necessidade”	54
4.3 – “Situação de perigo comum”	56
4.4 – “Auxílio necessário”	57

4.5 – “Afastamento do perigo”	58
5 – Tipicidade subjectiva	59
5.1 – Dolo	60
5.2 – Negligência	65
5.3 – Causas de justificação do facto ou Causas de exclusão da ilicitude	66
5.4 – Causas de exclusão da culpa	72
5.5 – Pena	76
V. O dever de auxílio reforçado – o caso especial do n.º 2 do art. 200.º	77
1 – A problemática da Ingerência	77
2 – Relação da ingerência com o n.º 2 do art. 200.º	80
VI. A Inexibibilidade da Conduta	84
1 – O n.º 3 do artigo 200.º	84
VII. Formas Especiais de realização do crime	87
1 – Crimes de omissão por comissão	87
2 – Os problemas de Participação	89
2.1 – Autoria	90
2.1.1 – Autoria imediata	91
2.1.2 – Autoria mediata	92
2.1.3 – Co-Autoria	95
2.2 – Instigação	96
2.3 – Cumplicidade	97
3 – Tentativa	98
4 – Concurso	101
4.1 – Algumas situações de concurso de normas no Código Penal	103
4.1.1 – Artigo 200.º vs. Art. 284.º	103
4.1.2 – Artigo 200.º vs. Art. 138.º/1, b)	105
4.1.3 – Art. 200.º vs. Art. 10.º/2	106
4.2 – Algumas situações de concurso de crimes na Jurisprudência	107
4.2.1 – Acórdão do STJ de 07-03-1990	107
4.2.2 – Acórdão do TRP de 03-10-2001	108
Conclusão	111
Bibliografia	112

Introdução

A presente dissertação versa sobre o crime de omissão de auxílio, previsto e punido pelo artigo 200.º do Código Penal Português, na sua versão actual.

Ao longo da evolução histórica do diploma que lhe deu origem, o tipo legal de crime em análise apenas sofreu alterações quanto à sua sanção, o que significa que mesmo com a evolução legislativa, o teor do preceito se manteve inalterável.

Este acontecimento deve-se sobretudo ao grande fundamento que legitima este tipo de crime, a solidariedade humana, que pode, por vezes, levar-nos a questionar os limites da criminalização das normas morais: “A fronteira que separa o direito e a moral é uma linha muito ténue”.

A solidariedade humana, como fundamento legitimador da acção penal, leva assim a uma grande relevância desta matéria. Atendendo a que este é um dos principais valores que deve reger a sociedade, e ao crescente número de casos em que tal não se verifica, aliados a uma escassa doutrina sobre o tipo legal em questão, surge então a necessidade de condensar doutrina e jurisprudência sobre o assunto, numa tentativa de alertar os leitores para a dura realidade que, por vezes, nos passa ao lado.

Assim, propomo-nos a realizar uma cuidada análise sobre o tipo de ilícito em questão.

I. A Omissão no Direito Penal em Portugal

1 – A evolução dos crimes por omissão

A história do crime tem origem remota, mas quase sempre se partia do pressuposto que cometer um crime exigia um comportamento activo, uma acção. Ora, em bom rigor, desde cedo se percebeu que não apenas a acção poderia levar a comportamentos indesejáveis, mas também a não realização de certo comportamento poderia levar a que não evitasse um resultado indesejado.

Aos poucos, a omissão começou a ganhar algum relevo, e, sendo tida em conta como um verdadeiro “non facere”, levou a que, nos primórdios do direito penal, surgisse a imposição de penas corporais como forma de castigar os prevaricadores.

Mas não é dos primórdios do direito penal que nos iremos ocupar, mas apenas resumir a evolução dos crimes omissivos.

Tomando como ponto de partida a época do Direito Penal Liberal, qualquer indivíduo detinha como obrigação a abstenção da prática de actos que fossem susceptíveis de interferir na esfera alheia¹. Por via de regra, os crimes omissivos traduziam-se na falta de prestação de serviço militar, no não pagamento de impostos e na falta de prestação de socorro a pessoas que estivessem em situação de perigo. Além disso, eram de existência diminuta.

O incremento da criminalização do comportamento omissivo surgiu na época do Totalitarismo, onde o indivíduo aparecia como algo funcional no interesse de uma sociedade corporativista, através da imposição de deveres, de formas de comportamento e de pensamento, em diversos âmbitos, tais como o familiar, militar e laboral.

O fenómeno da omissão sofreu alterações no pós-Segunda Guerra Mundial, na passagem do Estado Liberal para o Estado de Direito Democrático, através da alteração das funções desempenhadas pelo próprio Estado em si mesmo².

¹ Durante séculos, a omissão desempenhou um papel periférico na ciência do Direito Penal, onde se interpretava a omissão como um fenómeno jurídico de importância reduzida, e que era apenas associado a um dever de solidariedade. Nesse sentido, Maria Eloísa Quintero e Janáína Conceição Paschoal.

² A excessiva criminalização de condutas omissivas resulta num excesso de intromissão na autonomia privada, o que gerou como consequência o aumento do espírito de solidariedade.

2 – A relação entre os conceitos de acção e omissão

Citando Mantovani “ enquanto o direito penal da acção reprime o «mal», o direito penal da omissão persegue o «bem».³ A ligação inequívoca entre estes conceitos levou a que a doutrina fosse tecendo elaboradas teorias para proceder à sua distinção. Enquanto alguns Autores⁴ apontavam como relevante para a distinção o critério da energia despendida, outros defendiam que a mesma só poderia ser realizada mediante uma análise concreta, *in casu*, dos juízos de reprovação e de ilicitude. Por sua vez, houve ainda quem avançasse com a existência de um critério de subsidiariedade, para o qual apenas seria invocável uma omissão na impossibilidade de invocação, de forma inequívoca, de uma acção.

Stratenwerth⁵ apontava, a nosso ver, correctamente, como critério a forma de criação de perigo, em que a acção era causada pela criação ou agravamento do risco pelo sujeito, e a omissão ocorria quando, estando em causa uma ameaça a um bem jurídico, o sujeito nada fizesse para a impedir, ou, pelo menos, diminuir.

Assim, e no seguimento desta teoria, a omissão traduzir-se-á no não cumprimento de um dever juridicamente imposto, pelo que o fundamento da punição é precisamente a não actuação de acordo com a acção esperada⁶.

Para o Direito Penal releva ainda a capacidade do omitente para praticar a acção devida, no entanto, se a mesma lhe é impossível, tal omissão não deverá relevar em sede de criminalização⁷. Note-se que para tal não basta afirmar a sua impossibilidade para que não haja punição do omitente. Situação diversa ocorre na *omissio libera in causa*, onde é o próprio omitente que se coloca em estado de impossibilidade de proceder à acção, razão pela qual deve ser punido.

³ FERRANDO MANTOVANI, *Principi di Diritto Penale, seconda edizione*, CEDAM, 2007, p. 54 e 55, tradução nossa.

⁴ Como referência desta teoria encontramos Engisch.

⁵ GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General I, El Hecho punible*, Trad. Por Manuel Cancio Meloá, Marcelo A. Sancinetti, Madrid: Civitas, 2005, p. 381.

⁶ “A relevância normativa ou socialmente negativa da omissão radica, não na omissão em si mesma, mas na não prática da acção ético-socialmente imposta, isto é, na acção omitida.” Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do crime*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2008, p. 549.

⁷ Nesse sentido, José de Faria Costa.

Relativamente a esta matéria, Claus Roxin⁸ sustenta que a omissão pode ser configurada em duas diferentes formas: a primeira ocorrerá quando o agente, que detém o domínio do facto, possa intervir para impedir o resultado.⁹ A segunda dar-se-á nos casos em que a omissão aparece como “intervenção configuradora em sentido pré-jurídico social.”¹⁰

Nota final para uma forma especial de realização do crime, que se prende com os crimes de omissão por comissão, que, por razões sistemáticas, será explanado mais adiante na presente dissertação¹¹.

3 – Distinção entre omissão pura e impura

Tradicionalmente, na doutrina portuguesa, imperava a distinção entre crimes omissivos puros ou próprios, e impuros ou impróprios¹². Os primeiros são os denominados “crimes de mera omissão”, ou seja, são aqueles que pressupõem uma conduta negativa, o “non facere”, sendo que os segundos são aqueles em que há uma violação de um dever legal de actuar, isto é, o agente não actua de acordo com a exigência legal de determinada conduta.

Esta distinção baseia-se na correspondência que se fazia entre os crimes de omissão pura e os crimes de mera actividade¹³, e entre os crimes de omissão impróprios e os crimes de resultado, quer pela natureza da norma violada, imperativa para as

⁸ CLAUS ROXIN, *Autoria y dominio del Hecho em Derecho Penal*, trad. Da 7.ª Edição Alemã, por Joaquin Cuello Contreras/ José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

⁹ A título de exemplos, são os casos em que um pai não salva o seu filho aquando da queda deste à água, ou de um polícia, que, violando o seu dever, não evita um delito. Não se podendo extrair desta inactividade que o pai matou o seu filho ou que o polícia danificou a coisa, apenas que, não tendo intervindo, não evitaram o resultado.

¹⁰ Nesta situação cabe o exemplo da mãe que deixa morrer o seu filho, por inanição, sendo que o juízo social o apreende como se a mesma tivesse matado a criança.

¹¹ Ver capítulo VII, ponto 1.

¹² Não obstante ainda exista a divisão tripartida proposta pelo autor Rodriguez Mourullo, onde se distinguem delitos de pura omissão (a cujo tipo pertence apenas uma conduta omissiva considerada como independente em relação ao resultado que não impediu); delitos de omissão e resultado (à conduta omissiva acresce um determinado resultado, como consequência), e delitos de omissão por omissão (a figura legal limita-se a proibir a realização de um determinado evento, independentemente de ter sido provocado por acção ou por omissão). Quanto a esta última, estão aqui abrangidos os denominados crimes de omissão por comissão.

¹³ A vinculação da omissão ao resultado em termos de causa e efeito como característica essencial dos crimes de omissão impuros ou de comissão por omissão inicialmente de pressupostos identificáveis com uma concepção causal-naturalística do delito. Veja-se SILVA SANCHÉZ, *El delito de omisión, Concepto y sistema*, 1ª Ed., Barcelona: Bosch, 1986, p. 315 ss.

omissões próprias e proibitiva para as impróprias, quer na configuração formal do crime, quando esteja ou não tipificado. Neste sentido, o crime de omissão pura é um crime formal de mera actividade, em que é indiferente a produção de um resultado lesivo. Quer isto dizer que há uma obrigação jurídica de actuar neste tipo de omissão, sendo que a infracção é “o desvalor que se cumpre em si mesmo, independentemente da lesão de um interesse externo à norma e por esta protegido... Os crimes de omissão própria são verdadeiramente os únicos delitos formais ou delitos sem resultado...”¹⁴. Por outras palavras, a omissão pura existe independentemente de um resultado exterior, o qual, quando muito, é mera condição objectiva de punibilidade¹⁵.

Assim, a doutrina apontava três critérios para proceder a esta distinção: o critério “normológico”, o critério “tipológico” e o critério “tradicional”.

No que concerne ao primeiro critério, o factor decisivo para a destrição é precisamente a “natureza” da norma violada, uma vez que estaremos perante uma omissão própria quando a norma violada seja preceptiva e perante uma omissão imprópria quando se desrespeite uma disposição legal proibitiva^{16 17}. Por outras palavras, dir-se-ia que os crimes de omissão própria infringem um mandato de actuar, enquanto os crimes de omissão imprópria violam uma proibição.

Relativamente ao segundo critério, sustentado por Kaumann, este dá relevo à existência ou não do tipo penal (*Tatbestand*): estaremos perante um caso de omissão pura se este desrespeitar uma previsão legal expressa, ao invés, estaremos diante de uma omissão impura sempre que tal previsão não exista e a responsabilização tenha lugar através de uma cláusula de equiparação, conjugando-a com o “tipo penal do crime comissivo”¹⁸.

¹⁴ Cfr. NUVOLONE, apud CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Edizioni Cedam, Padova, 1988, p. 23.

¹⁵ Cfr. WOLFGANG SCHÖNE, *Sobre la posición del resultado en los delitos quase dolosos de omisión. Nuevo pensamiento penal*, in R.D.C.P., ano 3, 1974, p. 191.

¹⁶ “As hipóteses de crimes omissivos próprios seriam hipóteses de violação de normas preceptivas, de normas que exigem a realização de conduta positiva, enquanto os crimes omissivos impróprios violariam normas proibitivas, que estariam voltas À proibição de um determinado resultado”. Nesse sentido, GIOVANNI GRASSO, *il reato omissivo improprio. La struttura oggettiva della fattispecie*, Milano: Giuffrè, 1983, p. 5 apud FABIO ROBERTO D’ÁVILA, *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*, 2005, Coimbra Editora, p. 217.

¹⁷ A principal crítica apontada ao critério “normológico” surge precisamente pelo facto de este ignorar que toda a omissão desrespeita uma norma preceptiva, ainda que por via indirecta, nomeadamente, no caso das omissões impuras, a imposição de evitar um determinado resultado.

¹⁸ ARMIN KAUFMANN, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuH, 1961, p. 173 e ss., apud, FABIO ROBERTO D’ÁVILA, nota 16, p. 221.

No ordenamento jurídico-penal português, seria este o critério adoptado também por Figueiredo Dias, porquanto os «crimes puros ou próprios de omissão seriam aqueles em que a **Parte Especial referencia (expressamente) a omissão como forma de integração típica**, descrevendo os pressupostos fácticos donde deriva o dever jurídico de actuar ou, em todo o caso, referindo aquele dever e tornando o agente garante do seu cumprimento. Diversamente, delitos impuros ou impróprios de omissão seriam os não especificamente descritos na lei como tais, mas em que a tipicidade resultaria de uma cláusula geral de **equiparação da omissão à acção**, como tal legalmente prevista e punível na Parte Geral (art.10º, n.ºs 1 e 2)»¹⁹.

Por fim, no que respeita ao terceiro critério, que é apontado como sendo o tradicional²⁰, domina a consideração ou não do resultado como sendo o “elemento essencial do facto ilícito”²¹, consistindo as omissões próprias em crimes de mera actividade e, por sua vez, as omissões impróprias em crimes de resultado²².

Face ao exposto, serão crimes de omissão própria ou omissão pura, aqueles em que a lei, para a sua verificação, não exige a produção de qualquer resultado; tradicionalmente, são também designados por crimes de forma ou crimes de perigo. Exemplo paradigmático é o crime de omissão de auxílio, previsto no artigo 200.º do C. Penal.

Por sua vez, crimes de omissão imprópria²³ serão aqueles em que o agente se encontra juridicamente investido na obrigação de actuar, de modo a evitar a ocorrência e

¹⁹ Nesse sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro 2011, p. 914, sublinhado do autor.

²⁰ Ainda nos dias de hoje, é este o critério dominante na doutrina e jurisprudência maioritárias. Foi, todavia, posto em causa, após o surgimento do critério tipológico, sendo vários os Autores, entre nós Figueiredo Dias, que dão preferência a este último em detrimento do tradicional.

²¹ RICARDO OLIVEIRA SOUSA, *A omissão e o princípio da legalidade*, Revista do Ministério Público, Lisboa: S.M.M.P., 1980, A. 33, n.º 129 (Jan. Mar. 2012), p. 234.

²² Ora para Eduardo Correia o “facto criminoso pode consistir: (...) c) na ausência de uma certa actividade. O preenchimento deste delito resulta tão só de o agente não levar a cabo alguma coisa que se lhe exige. São os crimes de omissão pura. d) na realização ou perigo de realização de um evento na medida em que o agente não o evita. Nestes casos, o preenchimento do tipo legal de crime resulta de o agente deixar de levar a cabo uma actividade que obstaria à produção do evento descrito no tipo. São os crimes de omissão de resultado sob a forma de comissão por omissão.” Nesse sentido, EDUARDO CORREIA, com a colaboração de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Criminal*, vol. I, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1971, p. 234.

²³ “Na verdade, a omissão pode aparecer como um simples deixar de levar a cabo uma certa actividade, é o caso da omissão pura; mas pode também aparecer referida à realização de um evento, é o caso da comissão por omissão. E, neste sentido, parece evidente que ela deva ser equiparada à comissão por acção: «*omissio pari passu cum commissione et actione positiva ambulat*». Neste sentido, EDUARDO CORREIA, nota 22, p. 269.

um resultado desvalioso previsto na lei. Será este o caso, por exemplo, de crimes de homicídio ou de ofensas à integridade física, entre outros, quando cometidos por omissão.

Diversamente, defende Roxin que o essencial para esta distinção será o facto das omissões puras não encontrarem uma correspondência nos crimes por acção, enquanto nos crimes de omissão impura essa mesma correspondência se faz através de uma equiparação, seja esta implícita, através de uma cláusula de equiparação, ou explícita, em que é o próprio tipo legal a prever que esse delito possa ser cometido, quer por acção, quer por omissão. Como exemplo desta última, encontramos no nosso ordenamento vários crimes, tais como o crime de denegação de justiça e prevaricação, p. e p. pelo artigo 369.º do C. Penal.²⁴

Partindo de uma perspectiva diversa, Autores há, que defendem uma tripartição de conceitos. Atentemos, por exemplo, à posição defendida por Silva Sánchez, em que, ao lado faz categorias clássicas de omissão pura e impura, deveria então surgir uma terceira categoria, intermédia, denominada de “omissão pura de garante”, cujo exemplo paradigmático seria o crime de omissão de auxílio, que encontra fundamento na “existência de uma base funcional específica.”²⁵ Como tal, diversamente do que ocorreria nas omissões puras em geral, caso o resultado ocorresse, e ainda que este não fizesse parte do tipo objectivo de ilícito, a sua punição seria mais rígida, precisamente devido a “um dever especial do obrigado”.²⁶

No nosso entender, tal tripartição não logrará, pelo que as situações em apreço podem ser solucionadas mediante o recurso às categorias clássicas de omissão pura e impura.

Acresce ainda que não impende sobre o sujeito activo da omissão de auxílio um especial dever que o adstrinja à obrigação de evitar o resultado. Nem a descrição da factualidade típica, deixando antever a existência de uma simples relação fáctica de proximidade, desacompanhada de outros pressupostos que permitam graduar a ilicitude da conduta abstensiva em termos de a equiparar a uma conduta activa, autoriza a concluir de outra forma. Assim, face ao exposto, entendemos que o tipo de ilícito ao qual nos propomos analisar, é abrangido pela categoria da omissão pura ou própria.

²⁴ Contrariamente se argumenta que tal entendimento poderia trazer consequências nefastas para a “estabilidade e coerência que devem presidir a qualquer distinção teórica.” Nesse sentido JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, nota 22, p. 914.

²⁵ Nesse sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, *As «posições de garantia» na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 59.

²⁶ SILVA SANCHÉZ, nota 17, p. 339 e ss., apud, ANDRÉ LAMAS LEITE, nota 25, p. 59.

II. Caracterização histórica do crime de omissão de auxílio

1 – Antecedentes históricos

As concepções de Direito, designadamente a expressão legislativa de uma sociedade, reflectem as necessidades dos cidadãos, que exprimem o tipo de relações que se estabelecem entre cada indivíduo e a sociedade. Talvez tenha sido essa a razão que levou a que a evolução histórica do dever jurídico de prestar auxílio não tenha percorrido um trajecto linear.

O dever de prestar auxílio, como dever moral e ético, encontra-se referenciado em inúmeras civilizações²⁷, mas a sua consagração como dever jurídico não operou sem discussão doutrinária.

«Se alguém encontrar no caminho um homem que é vítima de maus-tratos ou de tentativa de homicídio e, podendo, não o socorrer, que seja condenado à morte». Parece ser este o sentido literal da antiga lei egípcia, na qual alguns Autores julgam poder encontrar a tradição milenária da juridicidade do dever de auxílio.²⁸

Não obstante, é na obra de Platão que deparamos com inúmeras referências ao dever de prestar assistência ao próximo, em especial quanto às condições de punibilidade e, facto marcante, às circunstâncias em que deverá ser atribuída uma recompensa pelo cumprimento desse dever.²⁹ Está em evidência a justiça como justiça social, uma harmonização de interesses dos diversos indivíduos, imanente à natureza do ser humano,

²⁷ Cfr. JOSÉ MARIA NAVARRETE URIETA, *La Omission del deber de socorro. Exegesis y Comentario del artículo 489, bis del Código penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1959, p. 419.

²⁸ Assim, ROUSSELET apud GARÇON, *Code Penale annoté*, Lib. Sirey, 1952, p. 193, e ALAMILLO CANILLAS, *La Solidariedad humana en la ley Penal (ley de 17 de Julio de 1951)*, Sección de Pub. Min. Just. 1962, p. 39. J. Constant, “*La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 Janvier 1961*”, in RIDP, Décembre 1961, p. 209, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, *Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código Penal (O crime de omissão de auxílio)*, Coimbra Ed., 1994, p. 25.

²⁹ O estrangeiro residente que auxiliou os pais (agredidos pelo filho) será colocado em lugar de honra nos jogos públicos; se não lhes prestou auxílio será banido para sempre. O estrangeiro não domiciliado receberá elogios se prestar socorro; caso contrário será sancionado. O escravo que tiver prestado o seu auxílio será libertado, de contrário, receberá chicotadas por ordem do magistrado... Todo o cidadão presente a esta violência, homem, mulher, criança, deverá repelir os ataques deste filho desnaturado, gritando, se se abstém de o fazer, incorrerá, segundo a lei, na maldição de Júpiter... «Se um escravo agride um homem livre, seja estrangeiro, seja cidadão, todas as pessoas que testemunharem a agressão deverão prestar socorro ou pagarão uma multa segundo a sua classe» Platão, *Le lois*, Paris, Charpentier Ed. 1842, Livro IX, p. 175-176.

transformando a previsão de um dever de auxílio num reconhecimento expresso dos vínculos existentes entre participantes de uma mesma comunidade.³⁰

As fontes jurídicas do Código de Manu sancionavam com o exílio aqueles que não prestassem auxílio às cidades invadidas por malfeitores.³¹ Também o Direito Hebraico contemplou o dever jurídico, reprovando com penas severas a omissão da conduta quando fosse facilmente evitável um resultado danoso, por parte do omitente.³²

Apesar da notória influência exercida por Platão na cultura romana, não são encontradas em Roma quaisquer normas que imponham tal dever jurídico. Aliás, referências doutrinárias romanas dão notícias da imposição de um *facere* baseado nas relações sociais de superioridade, nomeadamente relações entre patrão e escravos, não subsistindo, portanto, um dever genérico entre os romanos.³³ Atente-se no brocardo retirado do Digesto «*invitus nemo rem agitur defendere*» (ninguém é obrigado a impedir um dano de que outrem seja vítima).³⁴ Era ainda tido como encargo a prestação de assistência em relações de Direito marítimo, quando havia perigo em alto mar.³⁵

O texto legal que na época de Justiniano pune com a morte o escravo que, mesmo com risco para a sua vida, não socorrer o seu senhor quando este se encontrar em perigo, como o soldado que não defender o seu chefe de uma agressão de terceiro, não reflecte, porém, a ideia de auxílio semelhante ao que decorre do dever genérico de auxílio, apenas revelando as obrigações baseadas nas ditas relações sociais de superioridade, tendo em atenção o papel dos escravos e dos soldados na sociedade romana.

Posição jurídica que é, do mesmo modo, a fonte do dever de auxílio que incumbe ao servo em relação ao seu senhor no ordenamento jurídico medieval. A punição da omissão de auxílio é relegada para o Direito Canónico.

Efectivamente, na obra de Lactâncio, Santo Ambrósio e Santo Agostinho encontra-se referenciado um dever de auxílio a quem dele necessita, que, quando

³⁰ Um mesmo *logos* (natureza). Ideia a que a filosofia estóica confere um significado novo, profundamente enraizado em convicções universalistas. O homem é um animal comunitário (*Zóon Koinonikón*) e está unido a toda a humanidade por vínculos de amor, destinados a formar com ela um «Estado Universal». Cfr. HIDALGO TUÑÓN/ IGLESIAS FUEYO/ ORTIZ DE URBINA, *Historia de la Filosofía*, Ed. Anaya, Madrid, 1978, p. 117.

³¹ J. J. THONISSEN, *Etudes sur l'Histoire du Criminel des Peuples Anciens*, Bruxelas, 1869, Vol. I, p. 47, apud JOÃO BERNARDINO GONZAGA, O Crime de Omissão de Socorro, São Paulo, 1957, p. 74.

³² FERRINI, *Esposizione Storica e Dottrinale del Diritto Penale Romano*, in Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, de Enrico Pessina, Milão, apud J. J. THONISSEN, nota 31, pp. 73 e 75.

³³ VON WILDA, *Strafrecht der Germanen*, Halle, 1848, apud JOSÉ MARIA NAVARRET URIETA, nota 27, p. 419.

³⁴ GARÇON, nota 28, p. 193.

³⁵ Cfr. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, nota 31, p. 74.

infringido, pode implicar a responsabilização do omitente pelo evento lesivo ocorrido para a vítima «qui socurrere perituro potest si non socurrerit, occidit».³⁶ O que, no essencial, traduz o sentimento cristão de amor ao próximo, cujo desrespeito é aqui severamente punido.

E por falar em doutrina cristã, é de realçar o seu contributo, que veio estabelecer os princípios morais de caridade e da solidariedade humana, ensinada pelos Evangelhos. Não obstante, aquando da Revolução Francesa, a existência de ideais revolucionários individualistas vieram deslocar o cumprimento dos deveres morais à esfera de consciência de cada um, sobrepondo-se assim o individualismo, pelo que, neste quadro, não seria compatível a imposição de um amplo dever de agir.³⁷

2 – A evolução do crime de omissão de auxílio na Europa

Com a separação dos poderes civil e eclesiástico, cria-se uma lacuna no ordenamento laico quanto à obrigação de auxílio, lacuna que só virá a ser colmatada no séc. XIX, contudo de forma fragmentária. Paralelamente, o início do século deu lugar à consagração da punição do não impedimento da prática de crime em vários ordenamentos jurídicos, tais como o Código austríaco (1803), o código bávaro (1813), código alemão (1810) e código francês (1871), sendo que os dois últimos restringiram a amplitude do dever, estabelecendo como requisito essencial uma prévia convocação por parte de uma autoridade.

Até então, não havia grande rigor científico no tratamento da figura. O seu estudo teve origem com *Feuerbach* e *Spangerber*, que definiram os contornos da conduta omissiva, ao mesmo tempo que era elaborado o Regulamento de polícia punitiva toscano (1853), pioneiro na imposição de um dever de auxílio àqueles que se encontravam em perigo.³⁸ O dever de auxílio vai sendo sucessivamente contemplado nos Códigos Penais Espanhóis, até que em Julho de 1952 é aprovada uma lei que confere ao artigo 489.º do Código Penal actualmente em vigor, a redacção que detém nos dias de hoje.

³⁶ Princípio atribuído a Lactâncio.

³⁷ Cfr. JOÃO BERNARDINO GONZAGA, nota 31, p. 77.

³⁸ Porém, há notícias de que já havia sido imposto este dever de auxílio no Código bávaro de 1751, na *Constitutio Criminalis Theresiana de 1758*, apud ALBERTO CADOPPI, nota 14.

Em meados do séc. XIX, a filosofia imperante e inspiradora dos Códigos Penais Europeus é ainda o individualismo que, conduzindo o homem à categoria de valor supremo, produz um ordenamento jurídico-penal alheio a considerações de ordem moral, cuja finalidade última é, por um lado, impedir a ofensa e violação dos direitos subjectivos e, por outro, a resolução eficaz dos conflitos surgidos entre os cidadãos por ocasião do exercício desses direitos. Nos casos em que a lei ordena expressamente o auxílio ao próximo, o cidadão só é obrigado a actuar se esse auxílio for solicitado pela autoridade competente, não decorrendo, por conseguinte, esse dever de actuar da consideração do valor solidariedade como bem juridicamente relevante, mas antes, de exigências inerentes ao eficaz funcionamento dos organismos policiais, emergindo, outrossim, de uma concepção racional e utilitarista da vida em sociedade.³⁹

Por sua vez, o Código Italiano de Zanardelli (1889) teve também uma participação decisiva no processo de consagração deste dever, servindo, segundo um vasto sector da doutrina, como modelo e inspiração para os ordenamentos jurídicos europeus que, já no séc. XX, determinam a consagração legal de um dever de assistência ao próximo.⁴⁰

Verdade, porém, é que a inclusão deste dever jurídico na primeira metade do séc. XIX serviu, em certos casos, finalidades de índole totalitária, correspondendo às aspirações dos regimes políticos nascentes.

Durante a vigência do nacional-socialismo na Alemanha, o Código penal de 1871 é substituído por outro diploma legal, que veio tipificar diversas condutas omissivas consideradas delituosas.⁴¹ A lei de 28 de Junho de 1935 introduz no Código Penal Alemão o § 330.º, alínea c) que descreve as circunstâncias em que impende para o cidadão comum um dever de assistir o próximo. As razões que sobrelevam a punição de auxílio situam-se, não na tutela de um bem jurídico, mas essencialmente na «atitude interna» que manifesta o agente que omite o cumprimento do dever e que é sobretudo contrária ao «São sentimento do povo» (*gesundes Volksempfinden*). Pune-se quem não demonstra, nos termos adequados, o sentimento de solidariedade que devem cultivar os membros de uma

³⁹ Refira-se, a propósito, o § 360.º, n.º 10, do STGB de 1871, que impõe a prestação de auxílio, desde que da sua prestação não resulte qualquer perigo para o destinatário da norma, quando, em caso de desgraça ou perigo comum ou necessidade é solicitado esse auxílio pela autoridade, apud CADOPPI, nota 14, p. 1069.

⁴⁰ E não só nos ordenamentos jurídicos europeus, mas também em alguns países da América Latina, onde se fez sentir a influência do Código de Zanardelli no que respeita à criminalização da omissão de auxílio. Veja-se, por exemplo, o Código Penal Brasileiro de 1940.

⁴¹ Veja-se CADOPPI, nota 14, p. 1069 e ss.

«comunidade nacional unidos uns aos outros pelo sangue e pelo destino» – *Blut und Schicksalgemeinschaft*.⁴²

Em França, a tipificação legal da omissão de auxílio ocorrida durante o Governo de Vichy, obedece a circunstâncias históricas e a necessidades políticas do momento. A lei de 25 de Outubro de 1941, impondo a obrigação de auxiliar as vítimas de atentado, bem como de denunciar antecipadamente qualquer projecto de atentado, pretende ser um instrumento eficaz de repressão dos resistentes.

O caso Italiano apresenta algumas particularidades. Como é sabido, ao Código de Zanardelli sucedeu o Código de Rocco, que integra na Parte Especial o artigo 593.º, que ainda hoje se mantém em vigor, cujo âmbito é mais alargado do que a obrigação emergente do Código penal anterior. A doutrina saúda com júbilo a consideração da juridicidade do princípio da solidariedade humana. Atenta a adequação este normativo à função promocional acometida ao Direito Penal⁴³, função que pode, de resto, compatibilizar-se com uma tendência ideológica totalitária⁴⁴, tem a doutrina italiana negado a existência de uma ligação extrema entre o conteúdo do art. 593.º e as convicções ideológicas do legislador.

No que concerne aos restantes países europeus, é de relevar o caso da Rússia que, no Código Penal de 1845 vigente no regime czarista, contempla uma norma responsabilizando o omitente pela morte da vítima ocorrida na sequência de uma falta de assistência, que, sendo uma norma de natureza eminentemente religiosa, prevê que a sanção imanente ao não cumprimento possa ser aplicada pela autoridade eclesiástica.⁴⁵ Após a revolução soviética, no Código Penal de 1926, inexistia uma obrigação geral de auxílio – prevê-se tão só o comportamento do facultativo que omite os cuidados de saúde a que é obrigado, devido à sua profissão – pese embora a conotação que nos países da *Common Law* é conferida ao dever de assistência “*general duty to rescue*”, entendido como uma “manifestação exaltada do socialismo”⁴⁶. Na verdade, o crime de omissão de

⁴² VANDERVEEREN, *Le delit d'omission*, in RDPC, Avril 1950, cit. p. 707. Veja-se sobre o assunto URIETA J. M. NAVARRETE, nota 27, vol. III, n.º 6, p. 421.

⁴³ A norma «pretende reforçar o sentimento de solidariedade humana, eleva a coragem a dever jurídico», ANTOLISEI, *Manuale di diritto Penale – Parte Special*, apud CADOPPI, nota 14, p. 1112.

⁴⁴ A imposição de «coragem» como dever jurídico é, na esteira da posição de Maria Leonor Assunção, uma manifestação, mais ou menos subtil, do carácter autoritário do ordenamento jurídico-penal e do empenhamento que lhe subjaz em modular comportamentos e consciências, de acordo com um modelo ideal de homem.

⁴⁵ Cfr. CADOPPI, nota 14, p. 1084.

⁴⁶ Cfr. CADOPPI, nota 14, p. 1105.

auxílio será previsto posteriormente no Código Penal Soviético de 1960 e em termos propositadamente restritivos. Limita-se à imposição do dever nos casos em que se constate a existência de um perigo para a vida da vítima e o auxílio demonstre ser necessário, urgente e não decorra da sua prestação um manifesto perigo para o agente ou para terceiro.⁴⁷

No período pós 2.^a Guerra Mundial, o Estado avoca a tarefa de intervir decisivamente na sociedade, cabendo-lhe, fundamentalmente, a criação de condições que propiciem o bem-estar dos cidadãos, o que implica a participação de todos na vida comunitária. É, enfim, o reconhecimento dos deveres cívicos que recaem sobre o indivíduo relativamente à comunidade em que se insere. Deveres esses que não radicam numa concepção colectivista da sociedade, mas sim na ideia de valorização do social, do sentimento de pertença a um grupo, tendo por finalidade o progresso e o bem-estar. Simultaneamente, assiste-se ao desenvolvimento de uma ideologia humanitária que pretende impor-se ao «egoísmo exacerbado»⁴⁸ à «despersonalização do mundo moderno e decadência da ideia comunitária».⁴⁹

É neste contexto histórico-cultural que o valor solidariedade é elevado à categoria de bem jurídico.

Na Alemanha Federal, o texto do § 330.º, alínea c), é alterado pela lei de 4 de Agosto de 1953, que lhe confere a redacção que hoje se encontra em vigor. Sobre este preceito, a doutrina penal tem referido a tutela do bem jurídico «solidariedade».⁵⁰

Na França do pós-guerra, impôs-se igualmente a reformulação do preceito relativo ao crime de omissão de auxílio que se tornara odioso aos cidadãos franceses. Foi introduzido o art. 63.º § 2.º no Código Penal, cuja redacção se mantém até hoje, e que tem como referência o valor de solidariedade social, fonte de um dever imanente à própria condição humana. Não é, contudo, sem alguma apreensão que a doutrina e jurisprudência francesas

⁴⁷ Sobre a consagração legal do dever de auxílio no Código Penal Soviético e ordenamentos jurídico-penais dos países socialistas, veja-se, desenvolvidamente, CADOPPI, nota 14, p. 1084e ss.

⁴⁸ FLAUBERT G. apud CONSTANT J., *La répression des abstentions coupables. Commentaire de la loi du 6 Janvier 1961*, in RIDPC, Décembre 1961, p. 211.

⁴⁹ MOUNIER E. apud H. TUÑON/ I. FUEYO/ O. URBINA, nota 30, p. 487.

⁵⁰ GÜNTHER BLAU, *Realismo, Legalidade y idea de solidaridad, Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Jimenez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, p.53.

encaram a tipificação legal do dever geral de auxílio.⁵¹ A lei de 6 de Janeiro de 1961 vem, finalmente, conferir a actual redacção do art. 422.º bis do Código Penal.⁵²

No que toca aos restantes países da Europa, uma referência para a Áustria, cujo Código Penal, entrado em vigo em 1975, contempla no § 95.º um tipo legal de crime de omissão de auxílio numa situação de calamidade ou de perigo comum. Este preceito, que denota nítida influência do § 323.º alínea c) do STGB, excepçiona o cumprimento do dever de auxílio em caso de inexigibilidade, compreendendo as situações em que a prestação de auxílio implica perigo para a vida, integridade física ou lesão de outro interesse relevante.⁵³ De mencionar ainda que o § 94.º do Código Penal Austríaco prevê o crime de abandono de pessoa previamente ofendida pelo próprio agente.

Finalmente, importa ainda fazer uma breve alusão aos sistemas jurídicos dos países da *Common Law*. Salvo raras excepções, o *General duty to rescue* não tem merecido acolhimento por parte da doutrina anglo-americana, sendo relevante apontar, no entanto, uma tendência que actualmente propugna, de resto com algum empolamento, a tipificação de um delito de omissão de auxílio nos casos em que a sua prestação não implique nenhum sacrifício para o sujeito activo – os denominados casos de *easy rescue*⁵⁴.

As razões da origem da recusa, mais ou menos generalizada, por parte da doutrina penal do início do século, em considerar a oportunidade da tipificação legal da omissão de auxílio, reflectindo uma insofismável adequação à filosofia individualista anglo-saxónica *mind your own business philosophy*, apontam sobretudo a “incerteza, inerente à definição desse dever geral de auxílio” e a “limitação da liberdade individual” em face do que se considera uma “restrição governamental”⁵⁵. É, sobretudo, enfatizada uma certa identificação do delito de omissão de auxílio com uma ideologia de cariz totalitário.

⁵¹ Particularmente, LEVASSEUR, *L'omission de porter secours*, in RIDP, 1955, p. 407 e ss.

⁵² De acordo com este preceito, o delito requer que o agente possa intervir sem perigo sério para si ou para terceiro.

⁵³ M. BURGSTALLER, *Omissive offenses and Penal Responsibility for Omissive Conduct in Austria in Actes du Col. Prep...*, in RIDP, 1984, p. 540-1.

⁵⁴ Esta tendência encontra-se já no séc. XIX com JEREMY BENTHAM, que postula a cominação de uma pena em situações limite: «a woman's head – dress catches fire: a man instead of assisting to quench the fire looks on and laughs at it. A drunken man, falling with his face downwards into a puddle, is in danger of suffocation: lifting his head a little on one side would save him: another man sees this and let him die. A quantity of gunpowder lies scattered about a room: a man is going into it with a lighted candle: another, knowing this, lets him go in without warning. Who is there in any of these cases who would think punishment misapplied? ». *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* 323 n.º 2 1823, apud, PAUL H. ROBINSON, in *Criminal Liability for omissions: A Brief Summary and Critique of the law in the United States. Actes du Colloque Prép.*, in RIDP, 1984, p. 649, nota 46, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 37.

⁵⁵ PAUL ROBINSON, cfr. nota 54, p. 636.

Não obstante, o dever de assistência ao próximo tem sido olhado com alguma atenção, a partir da década de 60.⁵⁶

Já no caso dos Estados Unidos, em particular, assistiu-se a um conjunto de tentativas, tendo em vista a consagração jurídico-penal da prestação de auxílio em situações suficientemente relevantes, como reflexo da constatação da interdependência relacional que une os membros de uma comunidade⁵⁷. No Estado de *Vermont*, em Março de 1968, foi aprovado um diploma legal que impunha um dever geral de auxílio «quando a sua prestação não envolva um risco ou perigo para o próprio ou não interfira com deveres relevantes para com terceiro»⁵⁸. Já em 1983, entrou em vigor, no estado do Minnesota, uma lei contendo um artigo intitulado *Duty to Assist*, que veio, assim, tipificar o crime de omissão de auxílio⁵⁹.

3 – A evolução histórica em Portugal

O dever de auxílio foi assim implementado na maior parte dos ordenamentos jurídicos do mundo⁶⁰, erigindo valores indiscutíveis como a solidariedade social, essencial ao progresso e à convivência pacífica entre os cidadãos de uma sociedade. Foram estas as razões invocadas pelo Autor do anteprojecto de reforma da Parte Especial do Código Penal português, da autoria de Eduardo Correia, que reconhecia que “o amor do próximo é um dever tão altamente valorado pela civilização cristã, que não pode constituir surpresa a sua relevância no direito criminal desde que se respeitem os limites devidos”.⁶¹

⁵⁶ É de interesse referir, a este propósito, o Congresso ocorrido em Chicago, em 1965, cujas conclusões retiradas foram integradas numa obra intitulada: *The Good Samaritan and the Law*, apud CADOPPI, nota 14, p. 1099.

⁵⁷ «Não temos todos que nos preocupar uns com os outros? Não somos todos uma parte dos outros?» – frase de Eddie a Thierry Malloy no filme de Elia Kazan “on the Water front”, EUA, 1954.

⁵⁸ *Duty to Aid the Endangered Act* in M. A. FRANKLIN, *Vermont Requires Rescue*, nota 47, p. 58, apud CADOPPI, nota 14, p. 1102.

⁵⁹ CADOPPI, cfr. nota 14.

⁶⁰ De notar a resistência à adopção de um dever geral de auxílio pelos países do *Common Law*, claramente individualista, tal como supra referido – cfr. nota 54.

⁶¹ Cfr. *Actas das sessões da Comissão de Revisão do código penal*, in BMJ, Lisboa, p. 218.

Em suma, pode então dizer-se que na génese deste tipo legal de crime estava subjacente a ideia de solidariedade intrínseca ao Homem em sociedade, sobre a qual nos debruçaremos adiante⁶².

Deste modo, e em consequência, o crime de omissão de auxílio surgiu então consagrado no direito português, através do Código Penal de 1982.

Referindo-se à consagração legal de alguns comportamentos omissivos no Código Penal mencionado, Figueiredo Dias afirma que «a maior novidade reside na criminalização, no artigo 219.º da “omissão do dever de auxílio”»⁶³.

Com efeito, pela primeira vez, em Portugal, foi atribuída juridicidade penal ao dever genérico de auxílio, quando se encontrassem reunidas determinadas características. A sua versão original, prevista pelo artigo 219º, dispunha da seguinte forma:

ARTIGO 219.º

(Omissão de auxílio)

1 - Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, saúde, integridade física ou liberdade de outrem, deixar de lhe prestar o auxílio que se revele necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o seu socorro, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias.

2 - Se a situação referida no número anterior foi criada por aquele que omitiu o socorro ou o auxílio devidos, a pena pode elevar-se a 2 anos de prisão e a multa até 200 dias.

3 - A omissão de auxílio não será punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do próprio ou quando por outro motivo relevante o auxílio lhe não for exigível.

Não se encontram antecedentes históricos deste preceito na Legislação Penal anterior ao Código Penal de 1982.

⁶² Cfr. Ponto 2 do Capítulo III da presente dissertação.

⁶³ «Les délits d’omission dans le droit pénal portugais» in *Actes du Colloque préparatoire au XIII^e Congrès International tenu à Strsburg*, in RIDP, 1984, p. 849.

Atente-se, porém, no Projecto de Código Criminal datado de 1789 e elaborado no reinado de D. Maria I por Pascoal de Melo Freire que, no título XXXI «Do Homicídio qualificado», estabelece no §33.º uma pena de 60 dias de prisão para quem «não receber em sua casa mulher solteira, que nella por qualquer causa se refugiar para parir, e a não ajudar para esse fim, se poder, ou lhe descobrir a sua falta, sendo oculta...» e no título XXXII «Dos incendiários», no §10.º, fixa do mesmo modo uma sanção para «as pessoas de toda a ordem, condição e estado que, se poderem não acodirem aos fogos ao primeiro signal ... ou faltarem às ordenações da polícia neste artigo»⁶⁴.

É patente, no mencionado diploma, a influência das doutrinas iluministas que então grassam na Europa, das quais Mello Freire é, em Portugal, legítimo representante.

A expurgação dos exageros punitivos da época medieval e a graduação proporcional das penas à gravidade dos delitos reflectem, sobretudo, a finalidade de, em algum tempo, humanizar e dotar de eficácia o direito penal. Pune-se quem, através de um determinado comportamento, cause uma perturbação no ordenamento social, devendo a sanção ser proporcional à gravidade da perturbação⁶⁵. A coesão do todo social, por um lado, implica uma necessidade de protecção dos seus componentes mais débeis e impõe a punição de condutas revelando especiais nocividade social e desumanidade⁶⁶, por outro lado, legitima a atribuição de recompensas aos cidadãos que demonstrem sentimentos de humanidade e responsabilidade social, através das suas acções⁶⁷.

O Código Penal de 1852, na sua maioria, influenciado pelo Código Napoleónico, bem como o Código Penal de 1886, que se manteve em vigor até ao final de Dezembro de 1982, são omissos quanto ao crime de omissão de auxílio. Relacionada estará, certamente, a ideologia de cariz individualista – hedonista que inspirou os diplomas em questão e que determinou, posteriormente, as opções efectuadas no domínio da omissão. No elenco de condutas omissivas tipificadas no Código Penal de 1886 de conteúdo aproximado à omissão de auxílio incluem-se apenas a «omissão de apresentação à

⁶⁴ MELO FREIRE, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I com as provas*, 3.ª Edição, Coimbra, 1844.

⁶⁵ «A pena e o castigo devem ser à medida da perturbação causada na ordem social e tanto quanto fôr necessário para conseguir conservar a tranquilidade pública» e assim «se acautela, castiga e repara bem o prejuízo que pode ir à sociedade». Cfr. nota 64, p. 20.

⁶⁶ Cfr. notas 64, 65.

⁶⁷ Assim, §33.º e 34.º (Título XXXI) «O que criar e recolher ou salvar a vida, criara e educar, como lhe fôr possível algum exposto, por sua devoção ou obrigado pela justiça será livre e escuso de todos os encargos do concelho e de trabalhar nas obras públicas contra sua vontade e das mesmas rondas da polícia».

autoridade de menor exposto»⁶⁸ e a «recusa de prestar assistência por parte de um médico»⁶⁹.

Coexiste, todavia, com este diploma legal, diversa legislação especial onde se contemplam delitos específicos de omissão de auxílio, com fundamento nas igualmente específicas qualidades e funções dos sujeitos a que se dirigem, bem como nos riscos inerentes à actividade por eles desenvolvida. A título de exemplo, veja-se o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado por Carta de Lei de 4 de Julho de 1864 que, na Secção II, artigo 40.º, impõe aos responsáveis pelas embarcações o dever de socorro a navios em perigo e a vítimas de naufrágio: “O capitão que, encontrando navio em perigo ou náufragos de qualquer nação, lhes não prestar os socorros compatíveis com os meios de que disporer será punido com a prisão de um a três anos”⁷⁰. Note-se que este delito tinha correspondência em legislação de idêntica natureza vigente noutros países como a Itália⁷¹, França⁷², Espanha⁷³ ou Brasil⁷⁴.

Também o Código Português de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11 292, de 26 de Novembro de 1925⁷⁵, previa um delito intitulado “cobardia”, que se traduz num crime específico de omissão de auxílio⁷⁶, onde se estabelece uma punição para o militar que em caso de naufrágio ou encalhe abandone o navio⁷⁷, bem como para o comandante que, sem causa justificada, deixe de prestar socorro ao navio aliado à mercê

⁶⁸ Artigo 346.º

⁶⁹ Artigo 250.º, que corresponde ao actual artigo 276.º, do C.P. em vigor.

⁷⁰ *Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portuguesa*, Liv. Archivo Jurídico, Porto, 1900.

⁷¹ Remonta a 1925 a promulgação de uma lei sobre o Tráfego Náutico, que consagra um dever de auxílio, o qual ainda se mantém no Código Italiano da Marinha Mercante em vigor. Cfr. GUARNERI, G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 43 e ss.

⁷² Surgindo pela primeira vez na Ordenação da Marinha, no reinado de Luís XIV, o crime de omissão de auxílio manteve-se no Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Francesa. Cfr. CUELLO CALÓN, *La obligación de socorrer a la personas en peligro...*, in ADPCP, 1951, p. 337, em especial RODRIGUEZ MOURULLO, *La omission de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.

⁷³ Previsto nas Leis Penais da Marinha Mercante, de 21 de Junho de 1923 e 22 de Dezembro de 1965. Cfr. CUELLO CALÓN, nota 72, p.336.

⁷⁴ O Código Penal da Armada de 1891 contempla este delito no art. 127.º, cujo texto foi posteriormente transcrito para o artigo 177.º do Código de Justiça Militar de 1944, hoje correspondente ao artigo 106.º Código de Justiça Militar actualmente em vigor.

⁷⁵ O Projecto de Código Penal Militar de 1862 não continha qualquer referência ao crime de omissão de auxílio.

⁷⁶ Artigo 128.º: «O patrão ou militar mais graduado de uma embarcação miúda que, sem motivo legítimo se esquivar a prestar socorro a um navio à vista, encalhado, com fogo a bordo ou correndo qualquer perigo será condenado: 1.º Na pena de reclusão, se do facto resultar a perda do navio ou da guarnição; 2.º Na pena de presídio militar de quatro anos e um dia a seis anos, no caso contrário. §Único Se o patrão ou o militar graduado for violentado a proceder daquela forma, ficará isento de responsabilidade, sendo, porém, esta imposta nos termos deste artigo aos autores da violência», LEONEL MARTINS VICENTE, *Código de Justiça Militar Anotado e Actualizado*, 1965. Actualmente, corresponde ao artigo 58.º do Código de Justiça Militar em vigor.

⁷⁷ Artigo 126.º, actual art. 62.º em vigor.

do inimigo⁷⁸. Actualmente, o Código de Justiça Militar vigente⁷⁹ prevê um conjunto de crimes, contemplando várias omissões que se assumem como omissões da prestação de auxílio⁸⁰.

Importa apenas relembrar que estas disposições legais se destinam a determinadas pessoas que exercem funções específicas, em certas circunstâncias de facto que são descritas no tipo e, por essa mesma razão, encontram o seu fundamento, não numa ideia de estrita solidariedade, mas em particulares exigências de política criminal, que redundam na perigosidade potencial imanente ao tráfego marítimo e/ou de política de defesa militar.

Ainda no campo das omissões específicas de auxílio, nota apenas para as disposições do Código da Estrada, que impõem determinado comportamento em caso de avaria ou acidente⁸¹.

Importa ainda referir que o Código Civil de 1867, o Código de Seabra, na sua Parte IV «Da ofensa dos Direitos e sua reparação», Título II «Da Responsabilidade civil conexa com a responsabilidade criminal», dispunha, no artigo 2368.º, sob a epígrafe “dever de socorro a prestar por qualquer pessoa à vítima de uma agressão injusta” o seguinte: «Cabe aquelles que presencem taes agressões, auxiliar o agredido, não exercendo os limites da justa defeza d’esto e se, não correndo risco, deixarem de obstar ao malefício, são subsidiariamente responsáveis por perdas e danos»⁸².

Não desencadeando a violação do dever de socorro aqui configurado uma sanção de natureza penal, são, não obstante, os seus agentes civilmente responsáveis, subsidiariamente ao autor da agressão, pelos prejuízos causados ao agredido. Este preceito, combinado com o do artigo 2367.º⁸³, constituía uma extrapolação do auxílio de terceiro, no âmbito da legítima defesa que, de conduta legalmente autorizada, é elevado a comportamento juridicamente devido. Não obstante a sua natureza necessariamente civil e a restrição que o limitava a determinados casos, este dever de auxílio decorria de uma ideia de solidarismo que se fundamenta na proximidade fáctica existente entre o

⁷⁸ Artigo 124.º, n.º 2, actual 106.º em vigor.

⁷⁹ Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, actualizada pela Rect. n.º 2/2004, de 03/01.

⁸⁰ Livro I - Dos crimes, Título II – Parte Especial, Artigos 25.º até 106.º

⁸¹ Arts. 87.º a 89.º do DL n.º 114/94, de 03 de Maio, com a redacção que lhe confere a Lei n.º 72/2013, de 03/09.

⁸² *Código Civil português*, Liv. Portuense, 1886.

⁸³ «Aquelle que foi agredido por outro com violências, que possam lesar os seus direitos primitivos ou esbulhal-o do gozo de seus direitos adquiridos, ou perturbal-o por qualquer forma n’esse gozo é auctorizado a repellar a força, contanto que não ultrapasse os limites da justa defeza».

agente e a vítima, cimentada embora pela ilicitude da agressão cujo resultado lesivo a lei entendia que dessa forma iria impedir ou minorar.

Por fim, última nota para a alteração feita à redacção originária do crime de omissão de auxílio.

A grande reforma penal de 1995 veio alterar a redacção deste artigo, limitando-se à parte sancionatória, estando a sua *ratio* na preocupação prática e político-criminal de elevar a multa à categoria efectiva de verdadeira pena e transformando-a num verdadeira alternativa à pena de prisão. Nesta reforma, modificou-se ainda a numeração do preceito em causa.

Assim, a versão alterada, que corresponde à versão actualmente em vigor⁸⁴, passou a dispor:

Artigo 200.º

Omissão de auxílio

1 - Quem, em caso de grave necessidade, nomeadamente provocada por desastre, acidente, calamidade pública ou situação de perigo comum, que ponha em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se a situação referida no número anterior tiver sido criada por aquele que omite o auxílio devido, o omitente é punido com pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias.

3 - A omissão de auxílio não é punível quando se verificar grave risco para a vida ou integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível.

Desde 1995, o artigo 200.º do Código Penal não sofreu qualquer alteração.

⁸⁴ Iremos proceder à análise de cada um dos elementos do tipo de ilícito em estudo no Cap. IV da presente dissertação, estando, por isso, realçados no texto os elementos em estudo.

III. A relação com o Bem jurídico

1 – Do Bem Jurídico

Actualmente, é indiscutível a concepção de que o Direito Penal encontra o seu fundamento e a sua finalidade na protecção de valores ou interesses fundamentais da vida do homem em sociedade⁸⁵, tendo em vista a criação de condições para a livre e harmónica realização e desenvolvimento da sua personalidade individual.

Assim, a tarefa do Direito Penal consiste no «cumprimento inderrogável da defesa da convivência pacífica dos homens, da manutenção ou da promoção daquele mínimo de homogeneidade dos seus valores fundamentais, objecto de consenso ético que é condição essencial de sobrevivência e desenvolvimento de uma comunidade política organizada»⁸⁶. Essa mesma tarefa é então prosseguida através da tutela de bens jurídicos⁸⁷, cuja tutela é alcançada mediante a proibição ou imposição de determinadas condutas, nomeadamente, através de comandos vinculativos. O seu incumprimento, correspondendo à violação ou à criação de um perigo para esses bens ou interesses, configura, em última análise, um desrespeito por aquele mínimo axiológico-consensual que se encontra consagrado na Lei Fundamental⁸⁸. É o desvalor da acção que essa conduta traduz que permite qualificá-la como ilícito penal, de modo a justificar a aplicação, ao agente, de uma concreta sanção criminal, tornando indispensável a determinação do bem jurídico.

O Prof. Figueiredo Dias define o bem jurídico como a expressão de um interesse de uma pessoa ou da comunidade, integridade do Estado. Trata-se do objecto do Direito Penal, objecto que é em si mesmo socialmente relevante fundamental para a integridade do Estado.

A noção material de crime consistia, então, em todo o comportamento humano que lesava ou ameaçava de lesão bens jurídicos fundamentais. A ideia de que o crime lesa

⁸⁵ EDUARDO CORREIA, nota 22, p. 277 e ss; Figueiredo Dias, *Direito Penal, Lições*, Ed. Policopiada, 1975, p. 12 e ss.; CAVALEIRO FERREIRA, *Direito Penal Português*, p. 80 e ss. Já antes, BELEZA DOS SANTOS, *Ensaio sobre a Introdução ao Direito Criminal*, Atlântida, Ed. Coimbra, p. 53-54.

⁸⁶ MÁRIO ROMANO, «Secolarizzazione e sistema dei Reati», in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, vol. II, Giuffrè, Ed. Milano, 1981, p. 1301.

⁸⁷ «Vale como um axioma a afirmação, segundo a qual é a tutela de bens jurídicos que simultaneamente define a função do direito penal e marca os limites da legitimidade da sua intervenção». COSTA ANDRADE, *Direito Penal e modernas técnicas bio-médicas*, in *Revista de Direito e Economia*, Ano XII, 1986, CIEJC, p.106.

⁸⁸ Neste sentido, EDUARDO CORREIA.

bens fundamentais e não direitos remonta a Birnbaum (séc. XIX), que vem dizer que os crimes não lesam direitos, mas sim bens, isto é, entidades para além da própria ordem jurídica. Os bens jurídicos não são realidades palpáveis, concretas, são antes valores da existência social. Não é efectivamente o legislador que cria esses bens, pois eles já existem, preexistem, sendo certo obviamente que quando o legislador lhes confere tutela jurídica transforma esses bens em bens jurídicos. Estes bens são interesses da coexistência social, são valores reputados fundamentais à própria existência da sociedade organizada em termos de Estado. Os comportamentos que agriçam, lesem, ponham em causa, façam perigar esses interesses, devem ser objecto de uma reacção.

O Direito Penal não deve intervir para tutelar todo e qualquer bem jurídico; o Direito Penal deve intervir apenas para tutelar as ofensas mais graves a esses bens jurídicos que, por outro lado, têm de ser bens jurídicos fundamentais, daí carácter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. Deste modo, o Direito Penal só deve intervir para proteger bens jurídicos fundamentais, ou seja, valores, interesses sociais e individuais juridicamente reconhecidos quer do próprio, quer da colectividade, em virtude do especial significado que assumem para a sociedade e das suas valorações éticas, sociais e populares. O Direito Penal justifica, assim, a sua intervenção não só devido à natureza dos bens jurídicos em causa, que têm de ser bens jurídicos fundamentais, mas também atendendo à intensidade da agressão que é levada a cabo para com esses bens jurídicos fundamentais.

Tendo em consideração o quadro delineado, partimos do pressuposto que o ordenamento jurídico pretende tutelar um bem considerado essencial à vida em comunidade. O mesmo será dizer que o incumprimento dessa obrigação se traduz na ofensa ou lesão do bem ou interesse juridicamente relevante. O crime de omissão de auxílio, como já foi mencionado anteriormente, é um crime de omissão pura, pelo que dispensa a ocorrência de um resultado. Assim, caso o sujeito proceda ao auxílio e ainda assim haja lesão dos bens jurídicos protegidos, o mesmo não poderá ser criminalmente responsabilizado.⁸⁹

⁸⁹ “O crime de omissão de auxílio, do artigo 200.º do C. Penal, como crime de omissão próprio ou puro, não cria um dever jurídico que obriga a evitar um qualquer resultado. Implica o dever de prestar auxílio necessário a afastar o perigo resultante duma concreta situação, o que não é a mesma coisa que necessário a afastar um certo resultado. Daí que o resultado lhe seja, em princípio, alheio.” *In* Acórdão do TRC, de 20/09/2000.

2 – Da solidariedade: bem jurídico ou fundamento do dever de auxílio?

2.1 – O conceito de «solidariedade»

Eduardo Correia sustentava que «o dever de auxílio previsto no art. 219.º⁹⁰, em manifesta conexão com a teoria dos crimes de comissão por omissão, exprime uma ideia de solidariedade social que no actual Código Penal se consagra»⁹¹.

Ora, este fundamento do artigo 200.º do actual C. Penal, na opinião de alguns Autores, traduz o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, partindo de uma definição objectiva de “solidariedade social” para chegar ao bem jurídico em causa na omissão de auxílio⁹². Nessa esteira, Maria Leonor Assunção pondera ainda, como argumento, a questão de “saber quais as razões que conduziram à imposição de uma sanção de natureza penal ao agente que omite o auxílio a outrem, independentemente da lesão que vier a produzir-se para os bens jurídicos em perigo, ficando o agente isento de pena, se actuar no sentido indicado no preceito, mesmo que não logre o afastamento do perigo para esses bens jurídicos, ou quais os motivos determinantes da opção tomada pelo legislador quanto à moldura penal, bem como quanto à inclusão no n.º 3 do preceito de uma especial causa de não punibilidade.”

Para melhor compreender esta posição, é importante proceder à caracterização do conceito em apreço.

Ora, partindo da análise etimológica da palavra «solidariedade», esta pode ser tida como “um acto de bondade com o próximo ou um sentimento, uma união de simpatias, interesses ou propósitos entre os membros de um grupo”. Em sentido literal significa ainda: “cooperação mútua entre duas ou mais pessoas; interdependência entre seres e coisas, identidade de sentimentos, de ideias, de doutrinas”⁹³.

Solidariedade é, portanto, o substantivo feminino que indica a qualidade de solidário e um sentimento de identificação em relação ao sofrimento dos outros. A palavra solidariedade tem origem no francês *solidarité* que também pode remeter para uma responsabilidade recíproca. Em muitos casos, não significa apenas reconhecer a situação

⁹⁰ Versão anterior ao artigo 200.º do actual C.P. em vigor.

⁹¹ EDUARDO CORREIA, *As grandes linhas da Reforma Penal*, Liv. Almedina, Coimbra, p. 16.

⁹² Nesse sentido, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 45.

⁹³ HOUAISS, ANTÓNIO, *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro: Objectiva, 4º ed., 2010, p. 1024.

delicada de uma pessoa ou grupo social, mas também consiste no acto de ajudar essas pessoas desamparadas⁹⁴.

Daqui resulta a natureza relacional do conceito, pressupondo uma interdependência mútua, conseguida através de um vínculo entre dois ou mais indivíduos. Esta ideia de interdependência significa que, por um lado, se subentende uma comunhão de planos entre pessoas distintas, e por outro, implica uma valorização individual e colectiva de cada um, em pé de igualdade entre ambos.

Já a ideia de solidariedade social, inserida neste contexto, tem aqui uma concepção mais ampla, não se confundido com as variadas vertentes da vida em sociedade⁹⁵. Solidariedade social é, nas palavras de Allamillo Canillas, que a designa como «solidariedade humanitária»⁹⁶, *“el vínculo que une a todos los hombres, independientemente de su raza, de su religion, de su nacionalidad, de su profesión, quando se enfrentan, en su pura y esencial cualidad de seres humanos, com los problemas del mundo y de la vida”*. Mais, propõe o Autor o recurso à doutrina cristã para delimitar o conteúdo essencial deste vínculo.

2.2 – O contributo da doutrina cristã

É inquestionável o contributo fornecido pela religião cristã à compreensão do sentido mais profundo da ideia de solidariedade. É a «manifestação do “amor preferencial” entre os homens – ama o teu próximo como a ti mesmo – se pressupõe o reconhecimento do outro como igual, emerge da convicção íntima, forjada de fé, de que cada homem possui idêntica dignidade, dado que é a “imagem indestrutível” de Deus criador”»⁹⁷.

O amor ao próximo, estatuído como dever moral, imposto pelo cristianismo, é uma «expressão do amor a Deus»⁹⁸, cuja génese deriva «na fé, na salvação, na morte e ressurreição de Cristo como revelação decisiva do amor a Deus e de um destino

⁹⁴ A título de exemplo, aquando do terramoto do Haiti, vários países enviaram ajuda financeira como demonstração de solidariedade.

⁹⁵ É o caso da solidariedade entre membros de uma associação mutualista, cooperativas, sindicatos, tripulações, parentesco, política, religião, entre outros.

⁹⁶ ALAMILLO CANILLAS, nota 28, p. 26

⁹⁷ JOÃO PAULO II, «Encíclica», in *Solitude Rei Socialis*, Ed. A. D. Braga, 1988, apud M. LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 48.

⁹⁸ S. TOMÁS DE AQUINO, apud TYÑON/FUEYO/URBINA, nota 30, p. 160.

comum»⁹⁹. A solidariedade cristã, que fundamenta e fortalece a comunhão de todos aqueles que são crentes¹⁰⁰, projecta-se depois para o exterior em relação aos não crentes, determinando de forma firme e perseverante a vontade de alguém se «empenhar pelo bem comum, ou seja, pelo bem de todos e de cada um, porque todos nós somos verdadeiramente responsáveis por todos»¹⁰¹.

Porém, o universalismo contido na ideia de solidariedade entre os homens não é original da doutrina cristã. A filosofia estoica, glosando a herança sofista dominada pela visão antropológica do homem como ser social, refere já o sentimento de fraternidade que une naturalmente os homens enquanto seres iguais participando do mesmo «logos»¹⁰².

O humanismo cristão encarregar-se-ia, posteriormente, de expandir a ideia de fraternidade baseada no respeito e compaixão pelo semelhante.

«Mas, é através da filosofia existencial que na interdependência recíproca entre os homens, avulta a proximidade do eu e do outro, do ser com o outro (*Mitsein*). O estar no mundo (*Dasein*) supõe uma existência comunitária – ser é ser com»¹⁰³.

O outro não pode ser ignorado. Ao tomar conhecimento da sua vida relacional, o homem descobre, simultaneamente, a necessidade de conhecer o outro, conhecimento indispensável à sua existência, bem como ao conhecimento que ele tem de si próprio. O homem é ser para¹⁰⁴.»

2.3 – Da solidariedade como fundamento

Todavia, a solidariedade social, como valor com relevância para o Direito, não pode ser entendida, tão-só, como uma realidade de existência, ou como uma imposição de ordem moral, valendo por si própria que, sendo então facilmente negada através de uma construção antropológica de cariz hedonista, ou mesmo expressão de um exacerbado

⁹⁹ VALLAURI L. LOMBARDI, «L'orizzonte Problemático», in *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Vol. I, p. 29.

¹⁰⁰ O amor a si próprio e aos outros advém do facto de ser membro de um corpo comum – Jesus Cristo. O amor aos outros é o amor do «ser Universal» eu está em cada um dos homens e é indissolúvel desse Amor. Cfr. BLAISE PASACAL, *Penseés*, Tome Deuxième Kraus Peprint, 1985, p. 389-390, n.ºs. 483 e 485.

¹⁰¹ Nesse sentido, João Paulo II.

¹⁰² Da mesma ideia ou natureza.

¹⁰³ Cfr. HEIDDEGER, apud TUÑON/FUEYO/URBINA, nota 30, p. 475, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 49.

¹⁰⁴ Cfr. SARTRE, *O existencialismo é um humanismo*, p. 249 e ss. apud M. LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28.

personalismo, o qual, segundo uma corrente de pensamento, parece expandir-se na sociedade moderna¹⁰⁵ acompanhando a sua específica «dinâmica libertária»¹⁰⁶, poderia, *a contrario*, conduzir à sua mistificação, legitimando, destarte, justificáveis intromissões na esfera jurídica privada dos cidadãos, o que sempre se traduziria no menosprezo dos seus direitos fundamentais.

Por conseguinte, há-de configurar um valor ético-social, ou seja, uma realidade axiológica, emergindo embora de uma realidade da existência – a inevitável proximidade existencial entre os homens. Categoria do dever ser social, não pode desafectar-se do mundo do ser social, onde inculca o seu princípio genético.

Não obstante, uma vez entendida a ideia de solidariedade social na dimensão de valor ético-social, não fica tudo dito, pois que resta averiguar da sua apetência para integrar um conteúdo jurídico-penalmente relevante, isto é, saber se consubstancia um bem ou interesse considerado fundamental à vida em sociedade, cuja violação, ou o simples pôr em perigo, traduz um desvalor socialmente intolerável, legitimando a sua protecção através do ordenamento jurídico-penal.

Reportemo-nos agora à redacção do artigo 200.º do C.P.¹⁰⁷.

Quer da redacção originária, quer da redacção actual, se pode aferir que “o fundamento legitimador do dever geral de auxílio é a solidariedade humana, que deve vincular todo e qualquer membro da sociedade”¹⁰⁸. Quer isto dizer que na base deste tipo legal de crime está presente um dever de solidariedade social que se traduz na prestação de auxílio ao próximo em situações de perigo de bens fundamentais com consagração constitucional¹⁰⁹.

Já fizemos referência à função primária atribuída ao Direito Penal que, de acordo com a doutrina predominante, consiste na tutela de valores fundamentais ético-sociais preexistentes no consenso mínimo da sociedade. Nesta medida, o bem jurídico

¹⁰⁵ Personalismo que parece anunciar a génese de uma segunda revolução individualista.

¹⁰⁶ Sobre a denominada «dinâmica libertária e seus reflexos ao nível dos sistemas jurídicos ocidentais» veja-se VALLAURI D. LOMBARDI.

¹⁰⁷ Conscientes da complexidade do problema, não curaremos de proceder aqui a uma extensa reflexão teórica que, extravasando manifestamente o âmbito deste trabalho, justificaria uma investigação autónoma.

¹⁰⁸ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, in *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Coimbra Editora, 1999, p. 1233.

¹⁰⁹ M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 11.ª Edição, 1997, p. 593 e 594.

consubstancia um interesse axiológico-cultural¹¹⁰ que deverá ser determinado arrancando de uma perspectiva político-criminal, tendo como referência valores que reúnem, num dado momento histórico, uma larga divergência de consensos.

Mais, o próprio artigo 1.º da Constituição demonstra, de forma inequívoca, a consagração axiológico-constitucional do valor da solidariedade, quer dizer, o reconhecimento constitucionalmente expresso de uma realidade axiológica que anteriormente podia inferir-se dos princípios atinentes à dignidade do homem plasmados no texto legal. O que permite concluir da sua consideração como valor ético-social, pressupondo uma intrínseca correspondência com a consciência jurídica dominante. Por outras palavras, que a «construção de uma sociedade solidária» se identifica com o superior interesse amplamente consensual da comunidade. E como princípio fundamental da existência comunitária, por essa razão elevado á categoria de valor axiológico-constitucional, encontra legitimada a necessidade de protecção pelo ordenamento jurídico.

Porquanto a questão que se impõe solucionar é a de determinar quando é que uma determinada conduta pode consubstanciar uma violação intolerável do princípio da solidariedade social, legitimando o desencadear de uma reacção punitiva por parte do ordenamento jurídico-penal. Consequentemente, trata-se de concretizar o conteúdo do princípio axiológico de solidariedade social, em termos da sua adequação à categoria de bem jurídico-penal. Esta concretização não deverá configurar uma simples extrapolação do princípio em causa para o domínio do Direito Penal, o que, pontuando uma insustentável indefinição das condutas consideradas criminosas, alargaria intoleravelmente o âmbito das omissões susceptíveis de uma sanção penal, propiciando destarte injustificáveis intromissões na esfera jurídica privada dos cidadãos, com nítido prejuízo da sua liberdade pessoal¹¹¹.

¹¹⁰ «Unidade de aspectos ônticos e axiológicos através do qual se exprime o interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso valioso». FIGUEIREDO DIAS, *Os novos rumos da política criminal e o Direito Penal português*, Lisboa, 1983, p. 16.

¹¹¹ De referir que é sobretudo o carácter vago do valor solidariedade o principal argumento utilizado por todos quantos defendem a impossibilidade da sua tradução em termos jurídico-penais. Veja-se RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 140 e ss.; CONSTANT, nota 28, p. 206 e ss.; BRAAS/FETTWEIS, *Omission de secours aux personnes en péril*, in RDPC, 1952, p. 20 e ss.

Deste modo, havia quem considerasse¹¹² que o bem jurídico tutelado pelo crime de omissão de auxílio era precisamente “a solidariedade social, quando se encontram em perigo bens jurídicos eminentemente pessoais como sejam a vida, a saúde, a integridade física e a liberdade”, tratando-se, assim, da solidariedade social objectivada, materializada, através da concreta determinação do seu conteúdo e limites. Assim, sanciona-se, penalmente, o ataque ao valor solidariedade social quando esse ataque se manifesta através de uma conduta socialmente inadmissível, denotando reprováveis sentimentos de egoísmo e desrespeito em relação a bens jurídicos pessoais do próximo¹¹³.

No entanto, e em consonância com outros autores¹¹⁴, consideramos que a solidariedade social não se revela aqui tanto como bem jurídico fundamental, mas sim como o legítimo fundamento que deu origem ao tipo de crime em análise.

A solução encontrada pelo legislador reflecte, assim, uma justa ponderação das obrigações que derivam do dever de solidariedade social como assinala o n.º 30 do preâmbulo à Parte especial do C. Penal de 1982

3 – Os bens jurídicos tutelados pela norma

Neste tipo legal de crime, o objecto da tutela penal são apenas bens jurídicos iminentemente pessoais. Não obstante, quer o Anteprojecto, quer a Proposta de lei 221/I também abarcavam os bens jurídicos patrimoniais¹¹⁵. Américo Taipa de Carvalho¹¹⁶ acaba mesmo por referir que seria politico-penalmente correcto incluir no objecto da tutela penal imposta pelo dever de auxílio os bens patrimoniais de valor elevado, como por exemplo um monumento ou uma floresta. O legislador assim não o entendeu¹¹⁷, pelo que a tutela de bens patrimoniais só é vinculativa nos casos em que recai sobre o agente um dever pessoal de garante, nos termos do n.º 2 do artigo 10.º do C. Penal, que, devido à sua elevada complexidade, aqui não iremos analisar.

¹¹² Neste sentido, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 53, seguindo a esteira de Rodriguez Mourullo, a propósito do objecto de protecção do artigo correspondente no Código Penal Espanhol.

¹¹³ Cfr. artigos 24.º, 64.º, 25.º e 27.º da CRP.

¹¹⁴ Neste sentido, Figueiredo Dias e A. Taipa de Carvalho.

¹¹⁵ Tal como faz o Código Penal Alemão.

¹¹⁶ A. Taipa de Carvalho, *Idem*.

¹¹⁷ Ainda que defendamos, em concordância com diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros, na esteira da posição sufragada por A. Taipa de Carvalho, que também os bens jurídicos patrimoniais de elevado valor deveriam merecer protecção da norma.

No actual artigo 200.º do C. Penal, os bens jurídicos merecedores de salvaguarda são a vida, a integridade física e a liberdade, o que faz deste tipo legal de crime um crime pessoal pluri-ofensivo.

Esta natureza eminentemente pessoal é-nos assim justificada pela deslocação sistemática do crime em análise, que foi transferido do título dos “crimes contra a vida em sociedade” para o título dos “crimes contra as pessoas”.

Os conceitos de *integridade física* e *liberdade* devem ser atendidos em sentido amplo. Na esfera da “integridade física” não se fala apenas de uma integridade ou saúde físicas, mas está também em causa a integridade ou saúde psíquicas, intelectuais e morais¹¹⁸. Já o conceito de “liberdade” abarca a liberdade pessoal nas suas expressões mais variadas, tais como a liberdade de deslocação, de autodeterminação sexual, entre outras¹¹⁹.

¹¹⁸ Cfr. Artigos 143.º e 144.º do C. Penal.

¹¹⁹ Cfr. Art. 154.º e ss. C. Penal.

IV. A conduta típica

1- O Sujeito Activo

Importa começar por caracterizar o sujeito activo a que se refere o crime de omissão de auxílio, ou seja, quem pode ser agente do crime.

No crime de omissão de auxílio, o omitente pode ser qualquer pessoa, singular ou colectiva, ou, por outras palavras, *quisque de populo*¹²⁰.

Com efeito, o tipo legal não estabelece, por um lado, qualquer requisito referente a capacidades ou conhecimentos, ou ainda, o concreto exercício de uma função a imputar ao agente¹²¹, nem, por outro lado, faz depender o dever que sobre ele recai, de uma especial relação pré-existente entre o mesmo e a pessoa colocada em estado de necessidade¹²².

Assim, o dever de agir no crime de omissão de auxílio não exige ao agente nenhuma qualidade especial, ou seja, o dever não é dependente de qualquer relação entre o omitente e o omitido, *ipsis verbis*, o indivíduo carecido de auxílio.

A não exigência de vínculo especial, entre o omitente e a vítima, tem levado um sector considerável da doutrina, a debruçar-se no intuito de estabelecer os elementos constitutivos do tipo básico em análise e, por fim, determinar o contexto factual no âmbito do qual a acção do sujeito se torna necessária e, consequentemente, exigível.

Não obstante, esta concepção não poderá ser aceite sem quaisquer reservas, sob pena de se tornar perigosa e absurda. Não se pode ignorar que, no fundo, estamos a falar de um tipo legal de crime que encerra, em si mesmo, uma intromissão na esfera jurídica dos cidadãos. Ora, se não houvessem limites, em termos da sua aplicação a todas as pessoas, em todas as situações, estaríamos perante uma inadmissível tutela dos cidadãos, incoerente com o ordenamento jurídico vigente num Estado de Direito democrático.

Em boa verdade, não há quem nunca tenha omitido. Pelo contrário, nós, enquanto pessoas dotadas de capacidade de decisão, omitimos constantemente, resultando, muitas

¹²⁰ GREGORI, *La Puesta en Peligro de Bienes Juridicos en Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 18.

¹²¹ O que de imediato individualiza o crime de omissão de auxílio e o demarca de outras condutas omissivas tipificadas no Código Penal, como seja o artigo 284.º, que diz respeito ao dever jurídico-penal imposto ao médico de prestar auxílio da sua profissão em determinadas circunstâncias de facto.

¹²² Específica relação que, decorrendo de um vínculo inter-pessoal, impõe também um especial dever. É o caso do artigo 250.º do C.P, que anteriormente correspondia ao crime de omissão de assistência material à família.

vezes, da necessidade de adaptação à realidade circundante. Omitir significa, frequentemente, “manter a própria vida e salvar a própria personalidade”¹²³.

Posto isto, importa delimitar o âmbito da norma, no sentido de se fixar o círculo das pessoas que estão obrigadas a realizar a conduta que vem descrita no preceito em causa. Acolhendo a posição sufragada por Maria Leonor Assunção, consideramos que as pessoas incluídas na obrigação de prestar auxílio são todas aquelas que se julguem em condições de, pelo menos potencialmente, levar a cabo as medidas de salvaguarda dos bens jurídicos em perigo.

Por conseguinte, pode definir-se o sujeito activo como “o indivíduo que se encontra na situação fáctica que lhe outorgue a possibilidade e, portanto, lhe imponha o dever¹²⁴ de actuar em auxílio da pessoa que dele carece”.

O dever jurídico de auxílio emerge da «relação fáctica de proximidade existencial¹²⁵», ou seja, a proximidade existencial a que acresce uma proximidade real ou de facto entre o agente e a vítima.

Decorrente deste entendimento, conclui-se então que o sujeito activo da omissão de auxílio serão todas as pessoas que se deparem com um caso de grave necessidade, causado por uma relação de proximidade¹²⁶, como avançaremos em seguida.

1.1 – A posição fáctica do agente

A definição da posição fáctica do agente que justifique a aplicação à sua conduta do preceito relativo ao dever jurídico de auxílio, não tem merecido uma unanimidade de opiniões por parte da doutrina. Importa, então, atentar para a polémica travada, especialmente em Itália e Espanha, onde o cerne do problema se situa na determinação

¹²³ DE GREEF, *Notes concernant la psychologie de l'omission*, in RDPC, 1951, p. 35-36: para lá do limite em que se começa a falar de egoísmo, beneficiamos de todos os recursos inconscientes da adaptação à realidade circundante. A «omissão de auxílio» não é senão a forma extrema e quiçá intolerável de uma atitude muito frequente.

¹²⁴ Atente-se no exemplo de escola (caso do espectador berlinense referido por JESCHECK, in *Tratado de Derecho Penal*, vol. I, Granada, p. 298). Alguns espectadores assistem, através da televisão a um acidente real. Apercebendo-se, embora, da iminência do perigo para bens jurídicos de várias pessoas, nada podem fazer para prestar o auxílio que a situação requer.

¹²⁵ Esta expressão é proveniente da terminologia do legislador espanhol, sendo definida por Figueiredo Dias como «as circunstâncias fácticas que revelam proximidade sócio-existencial».

¹²⁶ Neste sentido, Rodriguez Mourullo e Maria Leonor Assunção.

do conteúdo e limites de determinados vocábulos que constam dos textos legais, e que se traduz numa diversidade a nível jurisprudencial.

Um sector da doutrina italiana tem-se obrigado a efectuar uma interpretação positiva do vocábulo «trovando», limitando o âmbito de aplicação do preceito contido no Código Penal Italiano às situações em que o agente se encontra na presença da vítima. Quer isto dizer que «trovando» implica um contacto material directo que se processa através dos órgãos sensoriais, não bastando o simples «vir ao conhecimento de», ou seja, a mera notícia¹²⁷.

Posição diversa é a sustentada por outro sector da doutrina e, durante algum tempo, a da jurisprudência dominante que, considerando inaceitável a concepção de encontro no âmbito de uma percepção meramente sensorial e não psicológica, sustenta ser suficiente o conhecimento da situação de necessidade, «tanto por via directa como por via indirecta», concretamente, «quando a proximidade do agente à vítima e a verosimilhança da informação, atenta a qualidade do mensageiro, sejam de molde a consentir um socorro quase imediato¹²⁸».

Na doutrina espanhola, inclinava-se parte da doutrina para interpretar o vocábulo «encontrare»¹²⁹, até à alteração legislativa, a considerar a situação fáctica de encontro extensiva às situações em que o agente, não se encontrando embora na proximidade imediata da vítima, é chamado a prestar auxílio, considerada a «seriedade e verosimilhança do meio através do qual se processa o pedido» e, em certos casos, mesmo ao «mero conhecimento do facto». Esta posição, que mereceu o repúdio da doutrina maioritária até 1967, ainda hoje não merece acolhimento¹³⁰. O requisito indispensável deve, ao invés, ser a percepção sensorial por parte do agente da situação típica de perigo¹³¹.

Também a doutrina alemã diverge quanto ao sentido a cometer à «relação especial da comunidade» que é suposto desencadear o dever de auxílio. A opinião maioritária aponta no sentido de não ser necessário que o omitente se encontre numa relação de proximidade ou de vizinhança, bastando que, mesmo que se encontre longe do local, possua os necessários meios ou conhecimentos para o auxílio.

¹²⁷ Veja-se Antolisei e Guarneri.

¹²⁸ Cfr. REINOTTI, *Omissione di soccorso*, p. 45, e ainda sentenças proferidas pelo Tribunal de Última Instância em 1964 e 1977.

¹²⁹ Este vocábulo foi suprimido aquando da alteração legislativa ocorrida em 1967.

¹³⁰ Nesse sentido, M. Conde: «essa interpretação é de uma latitude impraticável».

¹³¹ Assim, Rodriguez Mourullo.

Reportemo-nos agora à doutrina portuguesa.

Em relação à posição fáctica do agente, é importante saber qual o grau de conhecimento que lhe é exigido, face à situação de necessidade, para que possa surgir o dever de assistência.

Quer isto dizer que, neste elemento do tipo de ilícito em análise, está em causa saber se a acção devida deve ser exigida apenas ao indivíduo que se defronta com uma situação de perigo, ou antes se, ao invés, deve exigir-se o auxílio nos casos de simples conhecimento do perigo.

A redacção do artigo 200.º não contém nenhuma expressão¹³² que sugira uma interpretação restritiva da concepção de proximidade do agente perante a situação de perigo. Induz-nos, portanto, a ideia de que o dever de prestar auxílio deve ser exigido ainda àquele que não tem uma noção directa e/ou imediata do perigo, ou seja, basta uma «percepção razoável». Em consequência, estão excluídos os casos em que o conhecimento da situação fáctica se efectua através de um meio de comunicação como a Televisão ou Rádio. Mas, se entendermos não poder compaginar-se com uma prudente interpretação do preceito, a sua aplicação aos casos de «mera notícia» da situação de perigo para a vítima, igualmente julgamos desrazoável por ser demasiado restritiva, a exigência de uma «imediata proximidade» através da percepção pessoal e directa do circunstancialismo fáctico. Mesmo porque, estabelecendo o artigo 200.º, em alternativa à prestação de auxílio, a promoção do socorro que prevê o recurso a auxílio de terceiros, a promoção de socorro que obriga o sujeito activo perderia parte do seu sentido, pelo menos em alguns casos, por falta de exequibilidade. Restariam apenas as hipóteses em que o auxílio fosse solicitado a profissionais de saúde ou agentes da autoridade, no âmbito das suas competências, e encontrando-se no exercício das suas funções, não poderiam negar o auxílio da sua profissão e dos meios materiais ao seu alcance.

Seguindo esta linha de pensamento, deve ainda ser feita uma advertência para o facto de se poderem alargar as situações, como supra referido, tendo em consideração a *mens legis* que legitima a protecção do bem jurídico.

¹³² Noutros ordenamentos jurídicos, o tipo de ilícito contém vocábulos que deixam em aberto a possibilidade de ser feita uma interpretação restritiva, limitando a imposição do dever de auxílio apenas ao agente que se depare com o indivíduo carecido de auxílio, ou seja, o dever surge para quem conhece, em si mesmo, a situação de perigo. Assim, no Código Italiano de Zannardelli; no Código Penal Brasileiro de 1940, em Espanha e o S.T.G.B alemão.

Desta forma, pode afirmar-se que a *ratio* do fundamento do dever de auxílio pressupõe uma proximidade fáctico-existencial¹³³, sob pena de se estar a comprometer a legitimidade da intervenção do direito penal.

Tudo somado, pode então afirmar-se que o sujeito activo do crime de omissão de auxílio *é tanto aquele que se depara com a situação de perigo, como aquele que é apenas solicitado a prestá-lo, atentas a verossimilhança e a seriedade do pedido, se recuse a prestá-lo, desde que seja detentor de meios de prestar o auxílio.*

1.2 – Possibilidade de cumprir o dever imposto

Pressuposto da existência da omissão é a possibilidade de querer¹³⁴, ou seja, a conduta omissiva é presidida por uma vontade^{135 / 136}.

Assim, não podem relevar, para efeito de aplicação do art. 200.º, as condutas independentes da vontade em absoluto, tais como as praticadas sob o domínio de forças irresistíveis ou em estado de inconsciência. Não é, seguramente, agente do crime em análise, o indivíduo que não prestou o socorro requerido, porque se encontrava firmemente manietado ou de qualquer forma imobilizado¹³⁷, ou até sem possibilidade material de sair de um compartimento fechado¹³⁸.

Além de uma proximidade fáctica com uma determinada situação de perigo, o agente deve ter uma possibilidade material de executar a acção, não a realizando, no entanto. Assim, o sujeito activo deve reunir determinadas condições, necessárias para a prestação do auxílio exigido para o afastamento do perigo¹³⁹.

¹³³ Sobre esta proximidade cfr. FIGUEIREDO DIAS, Lições de Direito Penal, pg. 166.

¹³⁴ EDUARDO CORREIA, nota 91, p. 267.

¹³⁵ FIGUEIREDO DIAS, nota 133, p. 142.

¹³⁶ A voluntariedade da conduta omissiva não é negada, nem por quem, como CAVALEIRO FERREIRA, postula que a omissão não procede directamente da vontade: «a vontade entra na omissão, em regra, indirectamente, porque não intervém mediante qualquer influência física na produção do evento». Cfr. nota 85, p. 199.

¹³⁷ É o caso da pessoa que assim é impedida de salvar a vítima por terceiros seus inimigos – RODRIGUEZ MOURULLO.

¹³⁸ Com a devida salvaguarda para o caso de o mesmo indivíduo poder solicitar o auxílio de terceiro.

¹³⁹ JESCHECK considera como necessários os seguintes pressupostos da possibilidade de actuar: conhecimento da situação típica, concurso de pressupostos externos (proximidade especial, meios de auxílio apropriados) para a realização da acção, meios próprios necessários (força física, conhecimentos técnicos e faculdades intelectuais), e finalmente, a possibilidade de representação da acção exigida como meta possível de sua vontade.

Não existe, por isso, nenhuma obrigação de prestar auxílio a quem não o possa prestar. Esta possibilidade deve ser entendida em sentido individual, ou seja, por referência ao agente concreto que se encontra na proximidade da vítima, uma vez que é ao agente que se dirige o mandato típico de actuação. Porquanto é exigido ao agente que tenha consciência de que pode agir segundo a acção exigida¹⁴⁰, fazendo-se um apelo às capacidades física e intelectual¹⁴¹ do sujeito activo, que deverão ser avaliadas aquando da revelação da acção exigida e das circunstâncias fácticas¹⁴².

Assim, a possibilidade de actuação no sentido da imposição do dever carece de aferição mediante um juízo *ex ante* por referência ao momento em que ocorreu a situação fáctica descrita no tipo, isto é, um juízo objectivo que parta da premissa «homem médio com as capacidades individuais do sujeito»¹⁴³.

Não pode, portanto, considerar-se abrangido pelo dever de auxílio à vítima que se afoga no mar, o indivíduo que, encontrando-se na praia e assistindo ao acidente, não actua por não saber nadar¹⁴⁴, mas já se encontra abrangida, por sua vez, aquela pessoa que não actua em auxílio de outra que se encontra ferida e inanimada, no meio de um bosque, porque «não percebe nada de medicina nem de primeiros socorros»¹⁴⁵, uma vez que lhe incumbia a obrigação de, pelo menos, solicitar, de imediato, o auxílio de terceiro necessário às circunstâncias.

1.3 – Pluralidade de agentes

Relevante neste ponto é ainda a questão de saber quem deve ser responsabilizado nos casos em que são vários os omitentes. É perfeitamente imaginável, podendo mesmo ocorrer frequentemente, que na proximidade da situação fáctica descrita no tipo se encontrem vários indivíduos, pelo que é relevante determinar sobre quem recai a

¹⁴⁰ Cfr. MIR PUIG, que defende que a incapacidade de realizar a acção esperada, seja objectiva e/ou subjectiva, é apenas um limite tácito do dever de actuar do tipo de omissão.

¹⁴¹ Mir Puig acrescenta ainda: “Há que considerar-se um homem mentalmente normal, mas situado na posição do autor, com seus conhecimentos anteriores e da situação como base da possibilidade de advertir da presença de um a situação típica e da acção externa.”

¹⁴² Neste sentido Jescheck, Silva Sanchez e Cadoppi.

¹⁴³ Assim, MIR PUIG, *Derecho penal – Parte General*, 1990, p. 330.

¹⁴⁴ Considerando aqui, evidentemente, a impossibilidade de o mesmo solicitar auxílio alheio.

¹⁴⁵ Exemplo apresentado por G. ROMERO/J.M. ELGUERO, in *Casos de Derecho Penal (Partes General y Especial)*, Iplacea, 1987, p. 219-220, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 63.

imposição da prestação de auxílio. Mais, se pode admitir-se o cumprimento solidário da obrigação de auxílio, e se, caso se entenda recair o dever preferencialmente sobre um deles, quando é que os restantes estão desobrigados.

Imaginemos um acidente de viação ocorrido numa via pública. Será que há uma obrigação de prestar auxílio para todos em igual medida ou deve antes considerar-se uma escala? Numa interpretação meramente literal, seria de apontar para que o dever geral de auxílio surgisse para todos aqueles em contacto com a situação fáctica, em que a responsabilidade penal seria individualizada e não solidária. Entretanto, não se pode afirmar que não haja uma certa prioridade entre determinados grupos de pessoas, baseada na maior capacidade de eliminação da situação de perigo, seja por possuir, momentaneamente, um meio mais eficaz, ou seja pela decorrência de certas profissões¹⁴⁶.

Contudo, não se poderá dizer que todas as pessoas que se imaginem desobrigadas¹⁴⁷ vejam a sua responsabilidade penal excluída, pelo que deve ser tida em consideração a extensão que deve ser dada à escala de preferência entre co-obrigados, sem chegar ao extremo de atribuir um carácter de presunção liberatória, ainda quando persiste um dever de auxílio. Assim, as condutas descritas só se podem considerar justificadas, após a consciência do agente sobre a prestação de auxílio¹⁴⁸. Assim, em determinadas situações, deve diminuir-se a extensão da obrigação que impende sobre terceiros, sem haver necessidade de a alargar de uma forma extrema, mas também há que ter atenção para que não existam casos de exclusão dessa mesma obrigação. Tão pouco se deve estendê-la ao extremo de considerar que o dever de auxílio subsiste para todos os agentes até ao momento em que sejam realizados todos os actos de salvamento, subsistindo assim um dever dirigido a todos de permanecer no local.¹⁴⁹

¹⁴⁶ É o caso dos médicos ou de um proprietário de um automóvel necessário ao salvamento eficaz, ou ainda o dever de garante, decorrente de laços familiares.

¹⁴⁷ A título de exemplo, um indivíduo vê um médico recusar a prestação de auxílio e recusa-se também, ou uma mãe vê o filho a afogar-se, nada faz e as pessoas em seu redor nada fazem também.

¹⁴⁸ É o caso de um indivíduo que vê um médico auxiliar determinada pessoa e que se retira do local, após o devido auxílio prestado e decide que a vítima já está salva pelo que não regressa. A conduta aqui do terceiro seria justificada se se apercebesse da desnecessidade do auxílio. Deixaria de haver o elemento subjectivo.

¹⁴⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28.

2- O Sujeito Passivo

No que concerne ao sujeito passivo, é importante não olvidar que a amplitude conferida ao sujeito activo seja, quiçá, de se impor também à própria vítima, mormente que, para que esta assuma essa qualidade, seja suficiente que se encontre nas condições exigidas pelo artigo 200.º do C.P.

Destarte, o sujeito passivo do crime de omissão de auxílio é, precisamente, o titular dos bens jurídicos em perigo: vida, integridade física e liberdade, ou seja, a pessoa que se encontra nas circunstâncias fácticas descritas no tipo. Porquanto o perigo para o bem jurídico é fundamental para que seja merecedor de tutela penal.

Importa ainda esclarecer que resulta, previamente, da coerência intrínseca da norma em análise, bem como do ordenamento jurídico-penal, que não pode admitir-se o cadáver como objecto de protecção ou da conduta omissiva¹⁵⁰.

3- Tipicidade objectiva

O tipo objetivo, em abstrato, tem como única função descrever os elementos que devem ser integrados no plano dos factos capazes de identificar e delimitar o conteúdo da proibição penal. Tudo aquilo que estiver previsto no tipo objetivo deverá estar objectivado no mundo exterior. Os elementos que compõem o tipo objetivo são: autor da acção, prática de uma acção ou omissão, um resultado, nexos causal e a imputação objectiva.

A descrição dos tipos omissivos não procede da mesma forma que os tipos comissivos, isto porque nestes apenas basta a previsão de uma determinada conduta típica positiva juridicamente relevante. Ao invés, nos tipos omissivos, não basta um comportamento de abstenção em si mesmo, é ainda necessário que, em primeiro lugar, se aponte a situação activa e só depois a conduta preceptiva exigida ao omitente, que implica um *facere*, cujo *non facere* justificará a intervenção do Direito. Deste modo, para que a

¹⁵⁰ Um sector importante da doutrina espanhola parte da premissa da impossibilidade da realização da conduta imposta pelo Código Penal Espanhol quando a vítima tiver falecido. Evidentemente, o cadáver não necessita de auxílio. No mesmo sentido, a doutrina belga defende que um morto não está em perigo, pelo que o delito é juridicamente impossível quando a pessoa a socorrer está morta.

omissão seja relevante, juridicamente, terá de existir uma norma que imponha uma determinada actuação, isto é, o dever de agir é imanente à omissão.

3.1 – A materialidade da conduta imposta pelo artigo 200.º

Em sede de omissão, só se pode falar em dever de agir quando for necessária uma determinada conduta por parte do sujeito.

No que toca à omissão de auxílio, esta só será exigível mediante uma situação de perigo. Caracterizar a conduta imposta pela norma contida no artigo 200.º do Código Penal é, essencialmente, definir a materialidade do comportamento relevante para efeitos de aplicação da pena aí cominada.

Assim, a conduta típica e ilícita circunscreve-se à falta de cumprimento do dever imposto pelo preceito, concretamente, à omissão da assistência que se revelava necessária às circunstâncias fácticas descritas, ou, utilizando a expressão literal aposta no normativo, à omissão do «auxílio que se revele necessário ao afastamento do perigo». O agente é punido pela não realização das diligências que se manifestavam adequadas ao afastamento do perigo, e não pelo facto de não ter impedido que o perigo se concretizasse através da lesão do bem jurídico que ameaçava.

Não obstante o agente não esteja obrigado a impedir a lesão dos bens jurídicos, sobre ele recai o imperativo de actuar em determinada direcção. Aliás, a irrelevância do resultado lesivo do bem jurídico penalmente tutelado para efeitos do artigo 200.º infere-se da exigência de punição do agente, mesmo quando a vítima é auxiliada por terceiro ou o perigo se extingue por via de causas naturais e, *a contrario*, da sua impunidade quando o evento lesivo ocorreu, desde que tenha actuado no sentido imposto pelo preceito, isto é, logo que haja efectuado as diligências de auxílio que se reputavam necessárias ao afastamento do perigo. Esta é a posição manifestada por um sector importante da doutrina alemã, a propósito do §323.º, alínea c) do STGB¹⁵¹. Como disse Rodriguez Mourullo «mediante a invocação do dever de auxílio jamais poderá configurar-se uma responsabilidade penal a título de comissão».

¹⁵¹ RUDOLPHI, SCHRÖDER, in *Stragesetzbuch*, p. 1860.

Todavia, não estando embora o sujeito activo obrigado a impedir a realização do resultado lesivo, incumbe-lhe, porém, a realização de uma conduta cujos objectivos se encontram definidos, ou seja, da norma do art. 200.º decorre um dever de actuar em determinada direcção.

Nas palavras de Torio, e por referência ao crime de omissão de auxílio previsto no Código Penal Espanhol, «a lei refere-se a um auxílio material ou, para maior precisão, a um comportamento que se projecte na direcção do socorro material. Trata-se da exigência de uma actividade polarizada no sentido do valor de solidariedade, independentemente de o auxílio não vir a actualizar-se mediante a consecução de um resultado favorável para a vítima»¹⁵².

Ao sujeito activo compete a prestação de auxílio à vítima que se revele necessária ao afastamento do perigo. Assim, deverão realizar-se as diligências que se mostrem imprescindíveis para o afastamento do perigo, tendo em consideração as circunstâncias fácticas de que tomou conhecimento. Por outras palavras, mediante uma análise da situação fáctica que se lhe depara, constatada a necessidade da assistência a prestar, é eleito o comportamento que, em face da mesma situação, se revela necessário.

A conduta imposta pelo artigo 200.º pressupõe, portanto, um juízo de prognose em relação ao sujeito activo, recorrendo à sua possibilidade individual no momento do facto. Não exigindo o preceito que o agente tenha especiais conhecimentos técnicos ou científicos, não se pode impor-lhe uma conduta que ele não pudesse representar na sua vontade, por não se adequar ao conhecimento que possuía do facto, ou, de todas as formas, não tinha possibilidade de executar.

A conduta que é exigida pelo preceito circunscreve-se à prática da actividade ou actividades que se revelem necessárias ao afastamento do perigo para os bens jurídicos enunciados, através de um raciocínio de prognose *ex ante* referido, com base nas circunstâncias fácticas, ao sujeito activo, isto é, à sua possibilidade no momento do facto¹⁵³. Deste modo, a conduta imposta não é, nem pode ser, uma conduta tipo, à qual se deverá submeter o comportamento do agente. A determinação da conduta exigível efectuar-se-á mediante recurso ao comportamento do homem médio, com as capacidades individuais do agente.

¹⁵² Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 597-598.

¹⁵³ A adopção do critério *ex ante* para a determinação da conduta devida corresponde à opinião de um amplo sector doutrinário, embora se conheçam opositores a esta corrente.

Face à necessidade da conduta, o artigo 200.º impõe, na sua parte final, das modalidades de cumprimento da obrigação: a prestação de auxílio pessoal e a promoção de auxílio. Antes de enveredarmos nas questões atinentes às características do auxílio necessário, a eleição de uma ou outra modalidade de cumprimento da obrigação, ou ainda o momento em que deve ser prestados, importa perceber se as formas de assistência impostas por lei têm um carácter meramente alternativo ou subsidiário.

Permissa venia, em relação ao assunto do qual se trata, consideramos que o legislador ordinário foi omissivo, tendo em atenção a redacção do artigo. Isto porque, uma interpretação literal do preceito – o tipo básico é composto de formas alternativas de cumprimento da obrigação de “ (...) *deixar de lhe prestar o auxílio necessário ao afastamento do perigo, seja por acção pessoal, seja promovendo o socorro* (...) ” – conduz o hermenauta a pensar que há uma liberdade de escolha para o sujeito da obrigação entre as duas formas de assistência. Louvável foi a opção do legislador espanhol, com o fito de evitar o casuísmo, e primando pela clareza interpretativa *in literis*, atribuiu carácter subsidiário à promoção do *socorro*¹⁵⁴.

Recorrendo à interpretação teleológica na *ratio* do dever de auxílio, chegamos ao princípio da solidariedade, o fundamento deste dever, como já supra mencionado, e que nos leva à conclusão que a promoção de auxílio tem carácter subsidiário¹⁵⁵, em relação à forma de assistência imposta pelo recurso a terceiros.

3.2 – Momento adequado à realização da conduta devida

Definido o conteúdo material da conduta exigível como o acto ou o conjunto de actos que se apresentem ao homem médio, com as capacidades especiais do agente, como sendo imprescindíveis ao afastamento do perigo que ameaça bens jurídicos pessoais de outrem, encontra-se concretizada a vocação de eficiência que a mesma deve possuir. A lei não requer do agente um qualquer auxílio, mas, tão só, «o que se revele necessário ao afastamento do perigo», isto é, o auxílio que se revele adequado ou útil.

¹⁵⁴ O Código Espanhol de 1995, num número especial sobre a criminalização da omissão de auxílio estabelece que “... *el que, impedido de prestar socorro, demande con urgencia auxílio ajeno*” – cfr. Artigo 195.º, n.º 2, do referido diploma.

¹⁵⁵ Em sentido contrário, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 79.

Ora, o auxílio necessário é, quase sempre, atenta a situação de grave necessidade descrita no preceito, sinónimo de auxílio urgente ou imediato, o que conduz um amplo sector da doutrina penal a estabelecer um limite temporal ao devedor de auxílio¹⁵⁶, equiparando o atraso na prestação de auxílio à sua omissão¹⁵⁷.

É bem certo que a utilidade do auxílio pressupõe sempre um período de tempo em que o mesmo deve ser prestado, podendo um atraso diminuir ou extinguir a sua potencialidade para afastar o perigo. E, nesta medida, existe uma equivalência objectiva de desvalor entre a atitude do agente que pura e simplesmente omitiu a conduta e o comportamento daquele outro agente que não realizou a conduta atempadamente, pelo que a mesma resultou inútil. Tanto omite a assistência devida o agente que não presta socorro à vítima, como aquele que, após tê-la abandonado, regressa horas depois (porque instigado a fazê-lo, que por terceiros, quer por remorsos tardios), afim de lhe prestar assistência, constatando então o seu falecimento¹⁵⁸.

Não obstante, a equiparação material das duas formas de conduta não pode efectuar-se sem mais, partindo da premissa da equivalência dos respectivos resultados, os quais, como se viu, não possuem qualquer relevância para a determinação da ilicitude e da punibilidade do comportamento do agente, deverá antes obedecer obrigatoriamente a um critério teleológico, que tenha em atenção as particulares circunstâncias que rodearam a atitude do agente, *rectius*, os motivos que determinaram o atraso no cumprimento da prestação, de cuja análise dependerá, em última instância, a constatação da existência do dolo¹⁵⁹.

Critério teleológico que, ademais, permitirá a adopção de uma posição coerente na definição da antijuridicidade da conduta e adequada ao entendimento que vimos propugnando a propósito do bem jurídico tutelado pelo preceito.

¹⁵⁶ Assim, RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 197; GUARNERI G., *Il delitto do omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 4, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, anot. n.º 24 ao §323.º STGB, p. 1864.

¹⁵⁷ RUDOLPHI, apud, SCHÖNKE-SCHRÖDER, nota 156, p. 1864, n.º 24; SAINZ CANTERO, *El delito de omisión del deber de socorro*, in RLJ, 1960, p. 445, ALAMILLO, nota 28, p. 109.

¹⁵⁸ Podem contudo ocorrer situações complexas, como p. ex. quando se verifique que, embora a vítima tenha sobrevivido atenta a intervenção do agente, caso a mesma tivesse sido auxiliada de imediato e não horas depois, aquando do hipotético «arrependimento» do agente, não ficaria com gravíssimas sequelas, tais como a paralisia dos membros inferiores.

¹⁵⁹ Nesse sentido, Rodriguez Mourullo.

O auxílio deve ser, por definição, «o mais imediato possível»¹⁶⁰. Daqui se infere que deverá, preferencialmente, ser levado a cabo mediante uma atitude pessoal e imediata do sujeito activo. Contudo, o tipo legal de crime contempla duas formas alternativas de cumprimento do dever, em que a prestação de auxílio pode realizar-se quer por acção pessoal, quer por recurso a intervenção alheia.

Na verdade, «o fazer apelo a um terceiro equivale às vezes a uma omissão e produz fatalmente os mesmos efeitos»¹⁶¹, tal como o demonstram os exemplos referidos por *J. Constant*¹⁶² e *Du Jardin*¹⁶³, recolhidos da jurisprudência belga.

Maria Leonor Assunção¹⁶⁴ sustenta não haver nenhuma relação de subsidiariedade formal entre as obrigações alternativas constantes do preceito, prevalecendo aquela que se revelar necessária ao afastamento do perigo para os bens jurídicos ameaçados.

Importa, ainda, esclarecer que a constatação da adequação da conduta não poder obedecer à livre escolha do agente, competindo ao juiz, mediante a ponderação da factualidade particular do caso, estado da pessoa em perigo, condições e qualidades individuais do agente e meios de que este dispunha, apreciar se o comportamento integra «a prestação do auxílio que se revelava necessário ao afastamento do perigo»¹⁶⁵.

3.3 – Realização da conduta e lesão de interesses juridicamente relevantes

Importa ainda fazer referência às situações em que a prestação do auxílio, que se revela necessário, implica a realização de actos lesivos de bens juridicamente tutelados, quer pertencentes a terceiro, quer pertencentes à própria vítima, mormente bens jurídicos pessoais. Inúmeros são ainda os casos em que a exequibilidade da prestação de auxílio

¹⁶⁰ DU JARDIN, *La jurisprudence et l'abstention de porter secours*, in *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* – Année 63, n.º 12, Décembre 1983, p. 976.

¹⁶¹ J. CONSTANT, nota 28, p. 226. de onde, o recurso à intervenção alheia se deva subordinar, tão só, ao requisito da sua eficiência, ou seja, mencionando o preceito a «promoção de auxílio alheio», não é suficiente para o seu cumprimento o chamamento de qualquer pessoa, sendo necessário realizar diligências junto de quem, ao menos potencialmente, possa cumprir o auxílio que as circunstâncias impõem.

¹⁶² Atente-se no comportamento do indivíduo que, vendo um homem a ponto de se afogar, bastando que para o salvar lhe lançasse uma vara colocada sobre a margem, decidiu dirigir-se à aldeia vizinha, pretensamente para aí procurar socorro. J. CONSTANT, nota 28, p. 277.

¹⁶³ DU JARDIN, nota 160, p. 976 e ss.

¹⁶⁴ Cfr. nota 28, p. 79.

¹⁶⁵ Refere-se aqui a conduta que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, seria realizada por um homem médio com os conhecimentos e capacidades do agente ou por um «bom pai de família» – figura a que tem recorrido boa parte da doutrina italiana.

co-envolve a violação de bens jurídicos patrimoniais ou pessoais da vítima ou de terceiro¹⁶⁶.

No que respeita à prática de actos que se traduzem em danos patrimoniais, a admissibilidade da sua ilicitude não levanta graves problemas, desde que esses actos resultem das exigências intrínsecas à outorga do (necessário) auxílio a prestar em caso de grave necessidade e não ultrapassem os seus limites. Com efeito, reconhecido o valor que representam para o ordenamento jurídico bens como a vida, a integridade física e a liberdade, a sua defesa, mediante o cumprimento do dever de solidariedade, legítima, em certos casos, a prática de actos lesivos do património¹⁶⁷, podendo, sempre que a situação o justifique e o património danificado seja pertença de terceiro, fazer-se apelo ao direito de necessidade¹⁶⁸ ou, em caso de violação de um interesse patrimonial da própria vítima, recorrer-se ao instituto do consentimento¹⁶⁹ ou, em último lugar, ao consentimento presumido¹⁷⁰. É esta a tese predominantemente postulada pela doutrina penal estrangeira¹⁷¹.

E quando a prestação do dever de auxílio que se revele necessário pressupõe a lesão de bens pessoais da vítima ou de terceiro, *máxime* o emprego da violência física?

Fundamentando-se o dever de auxílio no valor ético-social solidariedade quando se encontrem em perigo a vida, a saúde, a integridade física ou a liberdade de um ser humano, a solução há-de forçosamente perseguir-se através de uma prudente valoração que, referida por um lado à ponderação dos bens em conflito e, por outro, ao sentido social que possui a actuação do agente no conjunto do ordenamento jurídico, decida da sua adequação ou inadequação ao quadro de valores ético-sociais fundamentais da comunidade.

Daqui se retirando a ilação de que o cumprimento do dever de auxílio não poderá, em caso algum, ter lugar com sacrifício da dignidade e autonomia ética do homem¹⁷².

¹⁶⁶ Atente-se, por exemplo, para o caso em que o sujeito activo, no decurso de uma acção de salvamento, se vê compelido a provocar danos patrimoniais como arrombar portas, estilhaçar vidros ou utilizar abusivamente um objecto alheio, ou até a recorrer a emprego de violência física, quer contra terceiro, quer contra a vítima.

¹⁶⁷ A exclusão da ilicitude do acto decorre do facto ter sido praticado no cumprimento de um dever (art. 31.º do CP).

¹⁶⁸ Art. 34.º do CP.

¹⁶⁹ Art. 38.º do CP.

¹⁷⁰ Art. 39.º do CP.

¹⁷¹ GIULIANI UBALDO, *Sul contenuto del dovere di soccorso*, in RIDPP, 1981, p. 849 e *Dovere di soccorso e stato di necessità nel diritto penale*, Milano, 1970, p. 14. E ainda CUELLO CALÓN, *Derecho penal – Parte Especial*, p. 811; J. CONSTANT, nota 28, p. 244.

¹⁷² No mesmo sentido, Figueiredo Dias a propósito da limitação ético-social do direito de necessidade.

A licitude do exercício da força física contra terceiro no cumprimento do dever de auxílio é comumente aceite, desde que, revelando-se como necessária à exequibilidade do socorro a prestar, seja considerado razoável impor ao lesado esse sacrifício, em atenção à natureza e valor do interesse ameaçado¹⁷³.

Parece claro não poder ser considerada ilícita a violência exercida contra terceiro, em caso de necessidade, desde que se afigure como meio necessário pra repelir uma agressão actual e ilícita que coloque em perigo a vida, a saúde ou a integridade física do sujeito passivo, ou um acto que ameace a sua liberdade¹⁷⁴. Esta situação pode, aliás, consubstanciar uma conduta de legítima defesa¹⁷⁵.

Evidencia alguma particularidade o caso em que o sujeito activo exerce violência física contra terceiro, a fim de poder utilizar um meio material imprescindível ao salvamento da vítima¹⁷⁶ que aquele se nega a facultar. Também aqui, a conduta do agente deverá ser avaliada mediante uma ponderação criteriosa dos bens conflitantes.

Finalmente, admitindo embora a licitude da lesão de certos bens pessoais da vítima que o processo de auxílio necessário pode implicar, designadamente actos de «ressuscitação», tais como, massagem cardíaca, ventilação ou qualquer outra forma de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico que poderão justificar-se, em último caso, com o recurso ao consentimento presumido da vítima¹⁷⁷, entende Maria Leonor Assunção

¹⁷³ Fazendo-se, portanto, apelo aos requisitos do direito de necessidade cuja matriz e princípio fundamental é, de igual modo, o sentimento de recíproca solidariedade entre os membros de uma comunidade.

¹⁷⁴ Nesse sentido, Rodríguez Mourullo.

¹⁷⁵ Assim, Eduardo Correia e Figueiredo Dias.

¹⁷⁶ A situação descrita reveste especial complexidade quando se trata de caracterizar a conduta desse terceiro que impede factualmente a realização da acção de salvamento porque, por exemplo, não consente na utilização do único meio disponível para a concretização do auxílio. Por apelo à denominada «situação de monopólio» tem sido defendida, sobretudo pela doutrina alemã, a emergência, neste caso, de uma posição de garante da não produção do resultado lesivo susceptível de legitimar a equiparação da acção à omissão.

¹⁷⁷ A questão coloca-se aqui, principalmente, no que diz respeito às intervenções e tratamentos efectuados por quem não se encontra habilitado a prestá-los. Questão que é sobejamente discutida em países como a França e a Bélgica, uma vez que a prática da medicina por quem não possua legitimidade para o fazer é punida criminalmente. Autores há que defendem a ilicitude do comportamento do «curandeiro», ainda nas circunstâncias fácticas cobertas pelo dever de auxílio. «O curandeiro perseguido pelo exercício ilegal da medicina argumentará em vão que o artigo 422.º bis do CP o obrigava em espécie a cometer essa infracção – não obstante poderá invocar, com mais utilidade, o estado de necessidade. BOSLY, *Abstentions coupables*, in *Répertoire Pratique du Droit Belge*, Bruxelles, 1983, n.ºs 37 e 38.

Em Portugal, já na vigência do Código Penal de 86, sendo a prática de actos iminentes à profissão médica punida criminalmente pelo artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 32 171, de 29 de Julho de 1942, salvaguardava a lei no § 4.º a prestação de «quaisquer socorros em caso de urgência e quando não seja possível o recurso à assistência médica». A doutrina vinha entendendo que, mesmo fora dos casos de urgência, a actuação de uma pessoa não qualificada não deveria desencadear responsabilidade penal, nomeadamente quando tal actuação não tivesse um fim lucrativo, antes uma motivação dos domínios da amizade, caridade, humanidade e altruísmo, ou quando não revelasse, da parte do agente uma certa

que não deve ser de sustentar, pelo menos, em todas as circunstâncias, que o auxílio a prestar deva efectuar-se ainda quando a vítima o recuse e seja necessário empregar a violência¹⁷⁸.

*A admissão de um dever de socorro não pode implicar consequências irrazoáveis ou praticamente inaceitáveis*¹⁷⁹, como sejam as que traduzem em verdadeiras violações da autonomia ética da pessoa. Quando o sujeito passivo faça uma oposição firme e séria ao auxílio de terceiro, manifestando uma decisão esclarecida sobre a sua própria existência, não deverá aceitar-se, neste caso, um dever de auxílio que, a cumprir-se, implica inelutavelmente a prática de uma violência.

Esta solução, sendo aliás a única compaginável com o nosso ordenamento jurídico-penal que postula no artigo 158.º do CP a exigência de consentimento para as intervenções e tratamento médico-cirúrgicos, é também, na esteira de Maria Leonor Assunção¹⁸⁰, a decorrente de uma integral compreensão do valor solidariedade social tutelado pelo preceito, tendo necessariamente como referência a ideia de que «nas relações sociais, cada pessoa é um fim em si mesma, possui uma dignidade intocável»¹⁸¹.

4 – Caracterização dos elementos que constituem o tipo legal

Resumindo os elementos caracterizadores do tipo legal, e em consonância com o acima referido, no crime de omissão de auxílio, o sujeito (activo) sobre o qual recai a obrigação de auxílio pode ser toda e qualquer pessoa, desde que se encontre numa situação de proximidade com o perigo e capacitado para agir. Assim, pode inferir-se desta conclusão a liquidez da obrigação de prestar auxílio, sempre que o sujeito (activo) se

habitualidade ou propensão. Assim FIGUEIREDO DIAS/SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in BMJ, n.º 332, p. 21 a 79.

Desde a entrada em vigor do actual CP, a realização de tratamentos e intervenções médicas por quem não se encontra habituado a prestá-las, apenas potencia um crime de ofensas corporais, nos termos do artigo 150.º, pelo que, entende Maria Leonor Assunção, terá de resolver-se o problema mediante uma averiguação cuidada dos interesses em conflito, ainda que com apelo ao art. 31.º, n.º 2, alínea c) – 1.ª parte, e aos arts. 38.º e 39.º, referentes ao instituto do consentimento como causa de justificação da ilicitude ou com apelo à inexibibilidade da conduta diversa da empreendida (art. 35.º – estado de necessidade desculpante).

¹⁷⁸ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, cfr. nota 32, p. 82.

¹⁷⁹ GIULIANI, nota 171, p. 66.

¹⁸⁰ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 83.

¹⁸¹ FIGUEIREDO DIAS, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28.

deparar com essa situação. Esta é a *ratio legis* da norma, que confere o carácter subsidiário à assistência com o apelo a terceiros, apenas na impossibilidade de auxílio pessoal.

A construção do dever de prestar auxílio gira em torno da exigibilidade da conduta, num determinado quadro de circunstâncias fácticas em que se encontra a vítima, para que se possa concretizar a obrigatoriedade do auxílio. O artigo 200.º impõe determinados requisitos objectivos, em razão dos quais a prestação de auxílio será exigível: circunstâncias de grave necessidade, provocada por determinadas situações de perigo para os bens jurídicos da vítima.

A necessidade de apelo a juízos de valoração, na exegese normativa, tem levado à tomada de posições pela doutrina e jurisprudência.

Importa ainda atentar na determinação dos bens jurídicos idóneos a fazer surgir a obrigação de auxílio. Embora o conteúdo normativo previsto na lei seja taxativo (vida, integridade física e liberdade¹⁸²), este tem-se revelado uma verdadeira fonte de discussão doutrinal. Embora a maioria da doutrina em Espanha tenha feito uma interpretação extensiva do preceito, de modo a incluir a honra, honestidade e liberdade¹⁸³, a verdade é que é fácil compreender a intenção do legislador português, porquanto apenas se incluem, no elenco de bens jurídicos tutelados pela norma, bens de natureza estritamente pessoal.

4.1 – “Quem”

Este primeiro elemento remete-nos para a natureza do crime em apreciação. A utilização da expressão *quem* informa-nos que estamos perante um crime público e comum.

¹⁸² O Projecto do Código Penal de 1966, na sua redacção original, incluía, entre os interesses merecedores de protecção penal, os bens de natureza patrimonial, bastando que tivessem relevância jurídica, através da expressão *interesse de outrem*. Entretanto, na redacção final foi eliminada tal expressão, ficando restrita aos bens actualmente contemplados. Também o Anteprojecto punia a omissão do dever de impedir a prática de crimes, tendo, no entanto, o prof. Eduardo Correia, autor do projecto, ponderou a criminalização da conduta, no sentido de que poderia desenrolar um desassossego social, além de que poderia chocar as cocepções éticas dominantes. Cfr. Nota – atas das sessões da revisão do CP.

¹⁸³ A favor da inclusão dos bens jurídicos *honra e liberdade* Rodriguez DeVeza, Rodriguez Ramos e Queralt, apud Bajo Fernandez. Também na Alemanha a exegese jurisprudencial foi, de perto, analisada por Maximilien Julien – a jurisprudência considerou que o termo *unglücksfall* (acidente, infortúnio) poderia englobar tanto o perigo para a vida e integridade física de pessoas e coisas, tal como sucede no caso de uma jóia que cai à água, ou mesmo no caso de uma avaria de um veículo que transporta uma testemunha para determinado julgamento, in ROBERTO LYRA FILHO, *Omissão de Socorro (Reforma legislativa e posições da jurisprudência alemã)*, Revista Brasileira de Criminologia e direito penal, Rio, 1954.

O crime de omissão de auxílio é um crime público, porquanto se trata de um «crime para cujo procedimento basta apenas a sua notícia pelas autoridades judiciárias ou policiais, bem como a denúncia facultativa por qualquer pessoa. As entidades policiais e os funcionários públicos são obrigados a denunciar os crimes de que tenham conhecimento no exercício de funções. Note-se ainda que nos crimes públicos o processo corre mesmo contra a vontade do titular dos interesses ofendidos¹⁸⁴».

O crime previsto no artigo 200.º é ainda considerado como crime comum, atendendo ao sujeito activo que pode praticar o acto ilícito, que, como já se disse supra, é toda e qualquer pessoa.¹⁸⁵

4.2 – “Em caso de grave necessidade”

O núcleo normativo em causa pressupõe que o auxílio será exigido em situações de grave necessidade. A inanidade de definição do conteúdo da expressão normativa requer o apelo a uma representação de uma lógica valorativa de determinada concepção cultural¹⁸⁶.

A expressão *grave necessidade* deverá ser interpretada em conjunto com as circunstâncias em que se encontra a vítima, relevando-se a capacidade individual de cada um¹⁸⁷. Por *necessidade* deve entender-se ainda a carência, precisão, urgência no auxílio, *in casu* manifestada na incapacidade de prestar assistência a si próprio, decorrente de *desastre, acidente ou calamidade pública*.

A gravidade requerida para intensificar o grau de necessidade¹⁸⁸ conduz a uma ideia de possibilidade acentuada da superveniência de um dano e “relevância de um mal que ameaça suceder”¹⁸⁹, em que se deve interferir de forma a afastar a ameaça aos bens jurídicos.

¹⁸⁴ Noção retirada do Sítio da Procuradoria-Geral Distrital do Porto.

¹⁸⁵ Remetemos para a leitura do Ponto 1 do Capítulo IV da presente dissertação.

¹⁸⁶ Nesse sentido, Figueiredo Dias.

¹⁸⁷ É o caso de uma pessoa que esteja ferida ou inválida, ou mesmo uma criança, que mais facilmente integram uma situação de grave necessidade.

¹⁸⁸ Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 161.

¹⁸⁹ BERNARDINO GONZAGA, nota 31, p. 119.

Para esclarecer o conceito em análise, importa ainda saber se a livre colocação ou exposição face ao perigo, ou se a decisão livre de um imputável para se suicidar ou para se lesionar a si próprio, serão ou não abrangidas pela expressão *grave necessidade*. Estão em causa dois campos distintos, em que o primeiro se traduz na teoria do risco permitido, e o segundo, a escolha inconsciente de uma acção que atente contra os bens jurídicos visados na norma penal.

Relativamente à teoria do risco, entende-se que só faz sentido considerar um evento, em termos jurídico-penais, consequência de um determinado comportamento, sempre que o agente, através do comportamento empreendido, cria um risco relevante, um risco juridicamente desaprovado pela ordem jurídica. Portanto, só faz sentido imputar um resultado, ou uma conduta humana, quando o agente com aquela conduta: criou um risco juridicamente relevante, proibido pela ordem jurídica; ou então aumentou o risco existente; ou ainda, quando não diminui um risco proibido.

Assim, quanto a este campo, a doutrina tem entendido que os desportos onde a actividade é permitida por lei (box, alpinismo, touradas) não consubstanciam casos de *grave necessidade*, seja porque se encontrem legalizadas, ou porque exista uma presunção de que essas pessoas possam controlar o perigo. Deste modo, o dever de auxílio surgirá apenas se essas pessoas se tornarem incapazes de controlar a fonte de perigo, objectivando-se o perigo para vida e a integridade física¹⁹⁰.

Por sua vez, as hipóteses de suicídio reconduzem-se a considerações sobre o princípio da autodeterminação, pelo que, em nossa modesta opinião, seria injusto impor a obrigação de auxílio nos casos fulcrais de necessidade do agente (suicida), no que toca à “carência absoluta de auxílio alheio” ou “incapacidade ou coacção que o impede de entender o sentido do acto que pratica”¹⁹¹. Quer isto dizer que não estamos perante uma situação típica de perigo. Não obstante, a situação de dúvida sobre a imputabilidade do agente suicida pode desencadear o direito ao auxílio, isto é, a incapacidade de autodeterminação do agente pode ser interpretada como uma situação de grave necessidade, sempre que o omitente tiver consciência das condições que norteiam a actuação do agente¹⁹².

¹⁹⁰ Nesse sentido, Rodriguez Morullo.

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, *Liberdade, Culpa e Direito Penal*, p. 259. Também nesse sentido Maria Leonor Assunção.

¹⁹² GUILLERMO PORTILLAS CONTERAS, *Curso de Derecho Penal Español*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 370.

4.3 – “Situação de perigo comum”

A situação de *grave necessidade* não pode ser avaliada sem se recorrer à noção de perigo para os bens jurídicos. Nos crimes de perigo a descrição típica não exige a lesão efectiva dos bens jurídicos tutelados pela incriminação, mas tão só a colocação em perigo, tão só a ameaça de lesão desse bem ou bens jurídicos tutelados pela norma.

Os crimes de perigo podem distinguir-se em: perigo concreto; perigo abstracto, e perigo abstracto-concreto.

Nos chamados crimes de perigo concreto, o legislador tipifica o próprio perigo pela descrição de uma conduta perigosa, da qual se autonomiza o resultado típico, resultado que é o próprio perigo para o bem ou bens jurídicos tutelados pela incriminação. Donde, os crimes de perigo concreto, uma vez que têm autonomizado o resultado da conduta perigosa descrita pelo legislador, que é o próprio perigo, são crimes de resultado. Além disso, os crimes de perigo concreto, quanto ao seu elemento subjectivo, postulam um dolo especial ou específico, que é o chamado dolo de perigo.

Quanto aos crimes de perigo abstracto aqui o legislador parte da presunção de que aquela conduta descrita é uma conduta perigosa. E perigosa por referência ao mais variado leque de bens jurídicos. Nos crimes de perigo abstracto o legislador contenta-se com a presunção que tem de aquele comportamento, aquela actividade, é uma actividade que pode pôr em perigo, pode ameaçar de lesão, vários bens jurídicos, sem tão pouco ter a preocupação de se lhe referir expressamente. Acresce que neste tipo de crime, já não é preciso que se autonomize nenhum resultado típico que seja o próprio perigo, porque a lei contenta-se com a descrição da conduta que tem como perigosa.

Quanto aos crimes de perigo abstracto-concreto, esta é uma classificação intermédia entre os crimes de perigo abstracto e os crimes de perigo concreto, em que se pode dizer que o legislador é menos exigente do que em relação aos crimes de perigo concreto, mas mais exigente do que em relação aos crimes de perigo abstracto. É menos do que nos crimes de perigo concreto porque o legislador descreve no tipo a própria conduta que considera perigosa, sem necessidade de autonomizar o resultado perigoso, tal como acontece no âmbito dos crimes de perigo concreto, e que é o próprio perigo.

Em suma, um crime de perigo pressupõe a possibilidade de produção de um dano, donde não há perigo quando o evento é certo, ou quando a sua superveniência é impossível.

Acresce, porém, que o perigo¹⁹³ só existe em referência a determinado contexto fáctico, sob o qual recai um juízo de prognose, acerca do grau de possibilidade de lesão futura. Porquanto o perigo que enseja a exigência de uma conduta por parte do omitente deve ser concreto, no sentido de não poder subtrair-se das circunstâncias objectivas, avaliado numa perspectiva *ex ante*, no momento do encontro com a vítima¹⁹⁴.

Assim, apenas a possibilidade de dano a um dos três bens jurídicos visados no artigo 200.º justifica a necessidade da obrigação de prestar auxílio que, em consequência de uma situação de grave necessidade, deve ser considerado no juízo de prognose necessário para apurar a necessidade do auxílio¹⁹⁵.

4.4 – “Auxílio necessário”

Não consta do tipo legal qualquer alusão a um resultado ou consequência lesiva. A norma exige, tão só, a realização pelo agente de um comportamento tendo por finalidade o afastamento do perigo para bens ou valores pessoais de outrem. Não uma qualquer actividade, mas sim a conduta que, de acordo com um juízo de prognose, seja considerada apropriada ao afastamento do perigo. Parece-nos ser este o significado a atribuir à expressão «auxílio necessário», o que, de todas as formas, não permite inferir que ao omitente possa ser juridicamente imputado o resultado em que desembocou o perigo que não foi por ele afastado.

Assim, a imposição de um *facere* não é suficiente para tornar a lei eficaz, pelo que a exigibilidade de um comportamento positivo, no caso, a prestação de auxílio, deve revestir certas características: o auxílio deve ser prestado com os meios mais eficazes e idóneos; a obrigação é implementada com o afastamento do perigo; não se exige ao sujeito activo mais do que for possível¹⁹⁶.

Mais uma vez, há que fazer-se apelo à perspectiva *ex ante* da conduta, no sentido de que deve ser valorado pelo sujeito a eleição do meio mais eficaz, que tanto pode ser uma assistência directa ou indirecta, por exemplo, num acidente de viação, se um

¹⁹³ Cfr. ROHLAND, *Die Gefahr im Strafrecht* apud RUI PEREIRA, *O dolo de perigo*, Lex, Lisboa, 1995, p. 19.

¹⁹⁴ GUILLERMO, et. Al, cfr. Nota 8, p. 371.

¹⁹⁵ Nesse sentido, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 72.

¹⁹⁶ Nesse sentido, Bernardino Gonzaga.

indivíduo¹⁹⁷ chamado a prestar auxílio, decide chamar ajuda e o telefone não funciona, não integrará a situação típica, mesmo que *ex post* a eleição do meio se revele frustrante. O que releva aqui é a situação avaliada de uma perspectiva anterior tenha sido considerada a mais adequada. *A contrario sensu*, se o meio utilizado, avaliado de uma perspectiva *ex ante*, v.g. ao invés de utilizar o telefone, se o sujeito decide recorrer ao hospital mais próximo, a três horas do local do acidente, aí já poderíamos considerar que a situação se enquadra na conduta típica. Por isso, a selecção da assistência, directa ou indirecta, terá de resultar da apreciação objectiva feita ao caso concreto, considerada a situação de perigo. Não é, portanto, produto da livre escolha de quem está, em face da obrigação, sob pena de comprometer o sentido da incriminação¹⁹⁸.

Por outro lado, a prestação pessoal do auxílio implica um juízo individual sobre a capacidade e os meios da prestação, ou seja, o grau de exigibilidade, dependerá da capacidade pessoal existente no momento do facto. Com isto, não é dizer em absoluto, que qualquer auxílio implementaria o dever de agir. Assim não sucede, pois será exigido ao sujeito que reúna as condições necessárias para poder actuar, enquanto a situação não represente um risco pessoal, tal como sucede no caso de um médico, em que o auxílio que lhe é exigido é diferente do que se exige ao homem médio.

4.5 – “Afastamento do perigo”

Indubitavelmente, subsiste um vínculo entre a conduta ordenada pela norma e o resultado lesivo que, com o afastamento do perigo que ameaça os bens jurídicos, se pretende evitar. Este vínculo é todavia de natureza referencial. Não obriga o preceito, em definitivo, do agente ao real «afastamento do perigo», mas ao comportamento que se revele necessário a esse afastamento, isto é, a uma actuação tendencial, concebida como dispondo de amplitude bastante para fazer cessar a situação desfavorável em que se encontra a vítima. A punibilidade do agente é, aliás, totalmente independente da eficácia causal que a conduta activa, realizada de acordo com o ordenado, possua no caso concreto. O que significa que agindo o sujeito activo no sentido de prestar à vítima a assistência que no momento se revelava necessária, em face do circunstancialismo

¹⁹⁷ Exemplo indicado por GUILLERMO PORTILLAS CONTRERAS, nota 192, p. 373.

¹⁹⁸ Assim, ILDEFONSO MARQUES, *O crime de omissão de socorro*, Curitiba, 1952, p. 70.

fáctico, ao afastamento do perigo, não será punido, se, mesmo assim, sobrevier o evento lesivo para os bens jurídicos ameaçados.

Por outras palavras, uma vez realizadas as diligências necessárias ao afastamento do perigo, extingue-se a obrigação do auxílio, e continuar ou não com a ajuda será um imperativo de caridade e não tanto de imposição legal¹⁹⁹.

Mais acresce que a acção esperada é aquela necessária para afastar o perigo, pelo que o sujeito não deve ser responsabilizado pelo resultado lesivo, que não tem relevância jurídica no nosso ordenamento jurídico, nem para a agravação da pena.

Por fim, importa reter que a presença de perigo, decorrente da situação de grave necessidade, exige ainda, para além da sua eficácia e idoneidade, que seja prestado de forma imediata, ou seja, revela-se obrigatória uma assistência imediata. A nível doutrinal, tem-se tornado consensual a posição de que um atraso na prestação de auxílio deva ser equiparado à omissão de auxílio. Em nossa modesta opinião, esse problema só se deve colocar aquando da existência de dolo no atraso desse auxílio.

5 – Tipicidade Subjectiva

A análise do elemento subjectivo do crime de omissão de auxílio constitui tarefa árdua, atentas as particularidades de que se revestem as condutas omissivas. Acresce que não se pode ficar alheio à vasta discussão doutrinária sobre a forma como a personalidade do agente se projecta no *non facere*.

O tipo subjectivo reúne todas as características subjectivas direccionadas à produção de um tipo penal objectivo. Os elementos que formam o tipo subjectivo são: o dolo na condição de elemento geral e os elementos acidentais também denominados elementos subjectivos especiais do tipo com incidência esporádica.

O tipo subjectivo tem como finalidade investigar a intenção do sujeito que praticar um tipo penal objectivo, ou seja, sua função é averiguar a intenção e a vontade do agente.

¹⁹⁹ Cfr. BERNARDINO GONZAGA, nota 31, p. 152.

5.1 – Dolo

O dolo, como elemento subjectivo geral, resume-se à consciência e vontade do agente direccionadas à realização da conduta descrita em um tipo penal objectivo. Em suma, é a vontade de realizar um tipo objectivo orientada pelo conhecimento de todos os elementos componentes do tipo objectivo constatadas no caso concreto.

O elemento cognitivo ou intelectual que compõe o dolo é representado pela consciência ou previsão do agente em relação àquilo que pretende realizar (crime). O elemento cognitivo deve abranger todos os elementos que formam o tipo penal objectivo, porém, não se exige que a consciência da ilicitude esteja presente na previsão do agente. Já o elemento volitivo representado pela vontade do agente em realizar a conduta típica, deve abranger a ação ou omissão, o resultado e o nexo causal.

Kaufmann contesta a utilidade do conceito de dolo para o *delicta omissiva*, admitindo a falta de resolução e a decisão de omitir os crimes dessa natureza. Recorrendo às concepções finalistas da acção, o autor entende que na omissão há a falta da finalidade da acção, isto é, falta de vontade de realização. Reconhece, entretanto, a possibilidade de um querer na conduta omissiva que ele chama de *quase-dolo*²⁰⁰. Nesse quadro, havia de repensar-se na estrutura psíquica do dolo nos crimes omissivos, sem chegar ao extremo de considerar a impossibilidade de tipificar tais condutas, impondo-se saber como se estruturam os elementos cognitivo e volitivo, nomeadamente nas situações em que o agente do crime permanece indiferente, faltando-lhe a resolução de não actuar²⁰¹.

Foram inegáveis, neste âmbito, as contribuições doutrinárias de Sraténwert²⁰², ao postular que a omissão é dolosa se o agente manifestar disposição em assumir a lesão do bem jurídico. Porquanto estariam incluídas as condutas omissivas que o sujeito não representa a possibilidade de actuar, permanecendo indiferente a situação de perigo. No

²⁰⁰ Admite este autor que o dolo na omissão consistiria na decisão, pelo agente, de não actuar, mesmo reconhecendo que o dever lhe impõe e, por isso, dizer que os crimes omissivos são dolosos implicaria uma desestruturação desse elemento subjectivo. Assim, os delitos omissivos podem abranger situações em que o sujeito activo não tenha a consciência de actuar. O *quase-dolo* nada tem que ver, portanto, com a resolução ou querer activo, *sino el contrapunto del dolo como objeto de reproche más grave frente a la imprudencia*. Cfr. JACOBS, *Derecho Penal*, Madrid, 1995, p. 1013.

²⁰¹ Imaginemos o caso da esposa que descobre, pouco a pouco, que o seu marido tem um plano para levar a cabo um assalto a um banco, e quando o vê de manhã a sair de casa com um martelo, nada faz para o impedir, mesmo consciente das intenções do marido. Exemplo sugerido por Jescheck, nota 124, p. 867.

²⁰² Segundo este autor, o dolo deve estar relacionado com uma decisão no sentido de lesão do bem jurídico, a resolução por parte do agente opera quando não se deposita uma total energia que seria de esperar para uma intervenção activa”. *En resto reside la equivalencia con el dolo del obrar activo*”. STRATENWERT, G., *Derecho Penal, Parte General, I*, Edersa, 1976, p. 307.

caso supra citado, basta para a existência do dolo, que o omitente tenha consciência do que se sucede e do que poderia fazer, ainda que de forma obscura²⁰³. Temos, pois, que o elemento intelectual ocorre aquando do conhecimento da situação típica, e o elemento volitivo aquando da representação intelectual da possibilidade de agir ou ainda a indiferença entre actuar ou não²⁰⁴.

O dolo esgota-se no conhecimento da situação carecida da interferência do agente e na consciência da própria capacidade da acção. O mesmo é dizer que não há uma participação da *vontade da omissão*, não sendo, portanto, possível a intenção²⁰⁵.

A existência do dolo na conduta omissiva descrita no artigo 200.º pressupõe, antes de mais, o conhecimento pelo agente da factualidade típica, bem assim como a consciência da possibilidade de realizar a acção requerida pelo preceito. Impõe-se, porquanto, em primeiro lugar, que o agente conheça as circunstâncias fácticas de onde emerge a obrigação de actuar – o estado de grave necessidade em que se encontra o sujeito passivo, o que pressupõe o conhecimento do facto que originou a grave necessidade²⁰⁶, bem como o perigo que ameaça os bens jurídicos. O conhecimento destes factos implica, não só, a mera constatação, mas também a compreensão do significado que estes revestem para o ordenamento jurídico-penal. Compreensão que, sublinhe-se, não subentende especiais conhecimentos técnico-jurídicos, mas sempre se traduz numa valoração a efectuar pelo agente, com apelo à valoração imanente aos elementos sócio-culturais a que pessoalmente pode ter acesso, paralela à valoração inerente ao sistema jurídico-penal²⁰⁷.

Mas, se o agente deve abarcar o processo fáctico que fundamenta o dever de actuar, isto é, a carência de auxílio manifestada pela vítima em face do perigo que ameaça de lesão de bens jurídicos pessoais, que ela por si só se encontra impedida de superar, já a previsão das consequências lesivas decorrentes da aludida situação se encontra fora do âmbito do dolo. Com efeito, é irrelevante que o agente tenha, ou não, realizado na sua consciência o resultado concreto que o perigo possa vir a desencadear. Pretendemos dizer

²⁰³ BOCKELMA apud JESCHECK, nota 124, p. 867.

²⁰⁴ Nesse sentido Jescheck. Defende o autor que o que basta para o dolo é o facto de o agente deixar correr o curso dos acontecimentos, consciente de que a sua conduta é criminosa e da sua capacidade de realização da acção de salvamento.

²⁰⁵ Assim, Schonke/Schroder/Cramer, Stratenwert apud Jescheck.

²⁰⁶ Mas não necessariamente. Com efeito, o conhecimento da causa que deu origem à situação de grave necessidade possui relevância, sobretudo, como elemento do juízo cognitivo da «grave necessidade», bem como para o efeito da agravação da pena prevista no n.º 2 do preceito. A percepção que o agente tenha do acontecimento que criou a situação de perigo para a vítima, *maxime* quando esse acontecimento tenha sido desencadeado por ele, desempenha um requisito preponderante na determinação do dolo eventual.

²⁰⁷ *Parallel wertung in der Laienphare*, MEZGER, apud, RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 256.

que, embora seja incindível da real compreensão de uma situação de perigo um juízo de prognose referido aos danos para um bem jurídico em que o perigo pode desembocar, esse elemento de prognose não possui relevância autónoma. Aliás, o erro que recaia sobre a índole do resultado lesivo, quando se conheça a gravidade do perigo, é, em si mesmo, inócuo. Imperativo é que o agente valore correctamente a situação de grave necessidade e o perigo que impende sobre a vítima.

Concretizando, no crime de omissão de auxílio, para termos o dolo é necessário o conhecimento da situação de facto da qual deriva a obrigatoriedade de um certo *facere*, é dizer que o sujeito deve ter consciência da situação de perigo da qual decorre a grave necessidade para os bens jurídicos da vítima, naturalmente que a análise da situação de perigo conduza a uma previsão do resultado²⁰⁸. Isso não é dizer, em absoluto, que o agente deve realizar um juízo de prognose face às consequências do perigo, mesmo que o faça, não terá qualquer relevância jurídica.

Ora, para além do conhecimento da factualidade típica, deve o agente representar, como possível, a actuação no sentido indicado pela norma, ou, pelo menos, a consciência dessa possibilidade – a que chamamos elemento intelectual do dolo. Aqui, o agente encontra-se numa posição que lhe permite orientar correctamente a sua consciência ética para o desvalor que a conduta omissiva traduz²⁰⁹. *A contrario*, a falta de algum destes requisitos impede-o de efectuar uma valoração do facto adequada à que lhe corresponde no ordenamento jurídico. Pelo que, qualquer erro referente à situação típica, isto é, à existência de um ser humano em grave necessidade e ao perigo que afecta os bens jurídicos enunciados, ou ainda o erro sobre a possibilidade pessoal de prestar a assistência que se revela necessária à situação, tendo como consequência um real impedimento à compreensão pelo agente da integral situação típica indispensável à correcta valoração da conduta, há-de traduzir-se na exclusão do dolo.

Da mesma forma, se o erro do agente recair sobre as circunstâncias factuais que integram uma causa de justificação ou desculpabilização da sua conduta. Efectivamente, se o erro disser respeito aos pressupostos objectivos fácticos de que depende, por exemplo, a existência de um grave risco para a vida ou integridade física do próprio agente, ou que configuram uma situação de legítima defesa, ou ainda que conformam uma

²⁰⁸ É irrelevante que o sujeito acredite que a vítima restará gravemente mutilada, quando na realidade o que está em perigo é a vida. Assim, RODRIGUEZ DEVEZA, *Derecho penal español*, Madrid, 1983, p. 124.

²⁰⁹ Nesse sentido, Figueiredo Dias e Eduardo Correia.

situação em que a conduta não pode de todas as formas ser-lhe exigível, constitui, da mesma maneira, um impedimento ao conhecimento material de todos os elementos constitutivos do tipo legal de crime, excluindo consequentemente o dolo da conduta.

Mas, à existência do dolo na omissão de auxílio, mais se impõe um elemento de natureza relacional que propicie a ligação da conduta omissiva à vontade do agente, isto é, que demonstre que ele quis a sua realização. Mais concretamente, que o agente tenha querido omitir a assistência que o dever impunha que prestasse – o denominado elemento volitivo do dolo.

Porquanto não suscita problemas de imputação à actuação de quem, conhecedor da situação típica e da sua possibilidade de actuar, tenha adoptado directamente a resolução de não actuar segundo o sentido ordenado pelo normativo²¹⁰. Também assim para aquele que, não dirigindo a sua vontade directamente à violação do dever de actuar, sabe ser a conduta omissiva consequência inevitável do comportamento que decide levar a cabo²¹¹.

Diferente é o caso em que não resulta evidente que a conduta omissiva do agente pressuponha uma vontade consciente de não actuar no sentido ordenado pelo preceito. Principalmente porque se integram nestes casos as condutas-limite entre o dolo e a negligência e, no que toca ao crime em questão, optar pela classificação de uma conduta como negligente, significa optar pela sua impunidade²¹².

Na tentativa de solucionar o problema, a doutrina penal tem propugnado que o dolo na omissão de auxílio se deve manifestar pela consciência que o agente possua do seu próprio comportamento e o conhecimento de que, não actuando, deixa imutada a situação de perigo para os bens jurídicos²¹³.

Por outro lado, é irrelevante a finalidade que o agente quis prosseguir com a intenção de socorro, isto é, se lhe interessava ou não a produção do resultado lesivo para

²¹⁰ O caso do indivíduo que, constatando a existência de uma pessoa caída no chão, apresentando sinais notórios de ferimentos e aparentemente inconsciente, não lhe presta qualquer auxílio (pessoal ou por intermédio de terceiros) pode entender “não ter nada com o assunto por não ter provocado aquela situação”.

²¹¹ Aqui, o agente provoca involuntariamente a situação de perigo para a vítima e, com receio das consequências jurídico-penais do seu acto, foge do local.

²¹² Sobre esta matéria, veja-se RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 258 e ss. e N. MONREAL, *Les delits d'omission. Rapport Général – Actes du Colloque Prép. XIII Congrès Int.*, in Rev. Int. Drot. Pen., 1984, p. 495.

²¹³ Remete-se para os autores indicados na nota anterior.

os bens jurídicos²¹⁴, relevando apenas a representação e ratificação volitiva da subsistência do perigo²¹⁵.

Existe dolo (eventual) sempre e quando o omitente conheça a situação típica, seja capaz de realizar os actos que se revelam necessários ao afastamento do perigo para o bem jurídico e, mesmo assim, se abstenha de actuar, conformando-se com a manutenção da situação de necessidade e perigo, como consequência possível da sua conduta. O elemento volitivo do dolo traduz-se, aqui, na conformação do agente com a possível imutabilidade da situação de perigo para os bens jurídicos pessoais da vítima e há-de induzir-se do seu comportamento face à factualidade típica. Esta é a conclusão da doutrina penal actual²¹⁶.

Por fim, o dolo eventual poderá configurar a conduta do agente que, tendo assistido a um facto como os descritos no artigo 200.º, *máxime*, se foi por ele provocado e, representando-se como possível a existência de uma pessoa na situação de grave necessidade, não cura de se certificar da real existência da vítima, permanecendo inactivo, conformando-se com a manutenção da possível situação de perigo.

Até porque não seria razoável admitir que o omitente «pretendesse amparar-se de imediato no voluntário incumprimento da obrigação de acercar-se do local do facto para converter a representação de possibilidade em certeza e aspire a ser absolvido, por não ter tido conhecimento da existência da vítima. Não pode invocar-se o desconhecimento, quando houve um não querer saber contrário ao dever»^{217 / 218}.

²¹⁴ O facto de o omitente não ter prestado auxílio à vítima se dever a um sentimento de inimizade que o faz querer a lesão em que desemboca a situação de perigo, por exemplo, a morte, não releva para o efeito de se alterar a qualificação da conduta de omissão de auxílio, pra homicídio por omissão.

²¹⁵ Cfr. Rodriguez Mourullo.

²¹⁶ Um largo sector da doutrina postula a existência do dolo a partir da constatação do conhecimento do agente da factualidade típica – assim a doutrina dominante na Bélgica, nomeadamente Du Jardin e De Greef. Em Espanha, Mir Puig, e Rodriguez Mourullo. Em sentido idêntico, Schönke-Schröder e Gossel.

²¹⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 528.

²¹⁸ O indivíduo que durante um exercício de tiro ao alvo atinge involuntariamente um vulto que supõe tratar-se de um animal, embora possa também admitir ser de uma pessoa, e não se dirige ao local onde o vulto se encontra, a fim de verificar da necessidade de socorro, não pode depois invocar em sua defesa o desconhecimento da concreta situação de necessidade e perigo.

5.2 – Negligência

A negligência é um tipo especial de punibilidade que oferece uma estrutura própria quer ao nível do ilícito quer ao nível da culpa.

O tipo objetivo de ilícito dos crimes materiais negligentes é constituído por três elementos: a violação de um dever objetivo de cuidado; a possibilidade objetiva de prever o preenchimento do tipo; e a produção do resultado típico quando este surja como consequência da criação ou potenciação pelo agente, de um risco proibido de ocorrência do resultado.

A violação pelo agente do cuidado objetivamente devido é concretizada com apelo às capacidades da sua observância pelo “homem médio”. A não observância do cuidado objetivamente devido não torna perfeito, por si própria, o tipo de ilícito negligente, antes importa que ela conduza a uma representação imperfeita ou a uma não representação da realização do tipo.

Para que exista culpa negligente, com preenchimento do tipo-de-culpa, necessário é ainda que o agente possa, de acordo com as suas capacidades pessoais, cumprir o dever de cuidado a que se encontra obrigado.

Enquanto na negligência consciente o agente representou como possível o resultado ocorrido, mas confiou, não devendo confiar, que ele não se verificaria, na negligência inconsciente o agente infringe o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias, não pensando sequer na possibilidade do preenchimento do tipo pela sua conduta.

Concretizando o tipo de crime em análise, infere-se que não basta apenas o conhecimento das circunstâncias de facto, sendo imperativo que o agente represente a possibilidade de actuar no sentido exigido pela norma. O agente deve ter consciência da possibilidade, aqui entendida não só como a capacidade de actuar, mas também como a ausência de risco que justifique a inacção, e também da necessidade da conduta exigida. Apenas com a satisfação desses requisitos poderá o agente ter a percepção do dever de a cumprir. Sem esses pressupostos, poderia comprometer-se a censurabilidade da omissão de auxílio.

Mais, no que concerne ao nosso ordenamento jurídico-penal, resulta claro da conjugação do artigo 200.º com o artigo 13.º que, não sendo a punibilidade do comportamento negligente prevista naquele preceito, a realização do tipo legal de crime

só poderá ser punível a título de dolo. A solução legal corresponde a um princípio emergente da moderna política-criminal que, considerando os riscos iminentes ao alargamento excessivo de critérios restritos que permitam limitar o número de infracções penais omissivas cometidas a título de negligência²¹⁹.

5.3 – Causas de justificação do facto ou Causas de Exclusão da Ilicitude

É um juízo que é feito pela ordem jurídica, um juízo generalizado, um juízo de desvalor que incide sobre o facto praticado, ou seja: a ordem jurídica fórmula um juízo negativo sobre quem adopta um determinado facto que a ordem jurídica considera um facto proibido; ou faz incidir um juízo de desvalor, porque efectivamente a pessoa não adoptou o comportamento que devia ter adoptado quando a lei o exigia.

Neste sentido tem-se que o juízo de ilicitude é um juízo de desvalor generalizado que incide sobre o próprio facto.

As causas de exclusão da ilicitude são determinadas circunstâncias que, a estarem presentes excluem a ilicitude do facto praticado, ou justificam o facto típico praticado pelo agente.

Vigora um princípio, que é o princípio da unidade da ordem jurídica, ou o concerto unitário de ilicitude, princípio esse que está expresso no art. 31º do CP. Portanto, o facto, não é ilícito quando a ilicitude for excluída pela ordem jurídica na sua globalidade.

Quando a ilicitude de um facto for excluída por qualquer elemento do ordenamento jurídico, então esse facto não deve ser visto, para o direito penal, como um facto ilícito, como um facto não justificado.

Como explicar este conceito unitário e esta exclusão da ilicitude, em sede de exclusão da ilicitude?

Desde logo por força do princípio da subsidiariedade do direito penal.

Se o direito penal, de harmonia com este princípio, só deve intervir e emprestar a sua tutela robusta quando a tutela fornecida por outros ramos do direito não for suficientemente eficaz para tutelar cabalmente bens jurídicos reputados como

²¹⁹ O tratamento jurídico das condutas negligentes deverá, preferencialmente, ser efectuado ao nível do ilícito civil ou administrativo, caso esta solução não repugne à consciência ético-social da comunidade. Neste sentido, Cadoppi.

fundamentais e essenciais à sociedade; então se os outros ordenamentos jurídicos para determinados factos consideram que o comportamento é lícito, não deve vir o direito penal incriminar e emprestar a sua tutela àquele facto, que não merece tutela jurídico-penal, precisamente porque outros ordenamentos jurídicos prescindiram da sua consideração como facto ilícito, mas consideram-no um facto aprovado.

As causas de justificação, como visam excluir a ilicitude e desresponsabilizar o agente, são normas penais favoráveis. Assim sendo, a elas não estão ínsitos os princípios de garantia e as limitações impostas, enquanto garante do princípio da legalidade, como acontece com as normas positivas ou normas que fundam positivamente a responsabilidade jurídico-penal do agente.

As causas de exclusão da ilicitude em direito penal não são apenas as que estão enumeradas no art. 31º do CP, mas todas aquelas que o ordenamento jurídico na sua globalidade considera como relevantes para afastar a ilicitude de um determinado facto. Inerente a toda a justificação existe uma ideia comum: não há participação em facto justificados, ou seja, a participação num facto justificado não é punida.

Quando existe comparticipação criminosa, quando existe um envolvimento plural de vários agentes no mesmo crime, uns desses agentes podem ser qualificados como autores e outros como participantes. A participação está prevista no art. 27º do CP e participantes são os cúmplices e também, para alguma doutrina, os instigadores.

Quando se diz que não existe participação penalmente relevante, em termos de punição, dum facto justificado, significa que não existe punibilidade da participação num facto típico justificado.

Outra ideia comum às diferentes causas de justificação é a seguinte: inerentes a todas as causas de justificação existem elementos subjectivos. O elemento subjectivo da causa de justificação é, um elemento comum a todas as causas de justificação.

Toda a doutrina concorda num ponto: havendo elemento subjectivo da justificação só está aprovado, só está justificado, se se verificarem simultaneamente os elementos objectivos e subjectivos das causas de justificação.

Porém, verificando-se tão só a situação objectiva de justificação, mas faltando o elemento subjectivo, note-se que para determinada doutrina o facto é ilícito, mas o agente é punido por tentativa, e para outro sector da doutrina, o facto é também ilícito, mas o agente é punido por facto consumado.

Mais, outros autores distinguem consoante a causa de justificação tenha, quanto ao elemento subjectivo um elemento intelectual e um elemento volitivo. Nas causas de justificação cujo elemento subjectivo tenha esta dupla estrutura, se o elemento subjectivo tiver esta dupla estrutura, ou se o elemento subjectivo não estiver preenchido, o agente é punido por facto consumado. Se o elemento subjectivo da justificação prescindir do elemento volitivo e se contentar só com o elemento intelectual do conhecimento, ou seja, se o elemento subjectivo não tiver uma estrutura dupla, falta o elemento subjectivo, e o agente é punido por facto tentado. As causas de justificação (gerais) principais são a legítima defesa e o direito de necessidade. Porém existem ainda outras causas de exclusão da ilicitude, que são a acção directa; o direito de retenção; direito de correcção; consentimento, conflito de deveres²²⁰, contempladas nos artigos 31.º a 36.º do CP.

Com efeito, casos há, em que a não prestação do auxílio devido se circunscreve a um momento de um processo de legítima defesa, antes encetado pelo agente. A omissão de auxílio será, neste caso, «um meio acrescido de defesa por parte de quem receia necessariamente ser objecto de uma agressão por parte da vítima»²²¹. Nesse sentido, pode então concluir-se que a ilicitude da conduta do agente poderá ter-se por justificada pela «situação de risco grave para a vida e integridade física» a que alude o n.º1 do artigo 200.º, não subsistindo o risco de agressão e encontrando-se a vítima na situação de perigo típica, deve o agente prestar o auxílio que se revele necessário, o que sempre poderá fazer através do recurso a um auxílio alheio.^{222/223}

Refira-se ainda que, no caso em que é manifesto ter existido, por parte do agente, excesso de legítima defesa, parece claro para a doutrina que este fica adstrito à obrigação de prestar a assistência necessária ao primitivo agressor, de modo a integrar a sua conduta omissiva no n.º 2 do artigo 200.º, caso em que se estabelece uma agravação da pena. Não deixa de ser importante referir que, para cada caso concreto, deverá ser feita uma ponderação do estado de espírito do agente e das circunstâncias de facto que rodearam o processo de legítima defesa, por forma a definir a relação de adequação das condutas dos dois sujeitos. Mais, não tendo como finalidade afastar a ilicitude da conduta, poder-se-á,

²²⁰ Atendendo ao seu conteúdo complexo e extenso, não iremos fazer uma descrição pormenorizada de cada uma das causas de justificação do facto, sob pena de extravasar, em demasia, o tema da presente dissertação.

²²¹ RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 237.

²²² Nesse sentido, Maria Leonor Assunção com Rodriguez Mourullo.

²²³ «Quem, em estado de legítima defesa, agride o seu agressor, deve prestar-lhe assistência se na sequência dos golpes o seu agressor ficou inofensivo e está exposto a um perigo grave.» J. CONSTANT, nota 28, p. 247.

eventualmente, apelar à inexigibilidade se, por exemplo, a omissão de auxílio foi devida a uma «perturbação, medo ou susto não censuráveis»²²⁴.

Atentos para uma outra causa de justificação que julgamos ser conveniente referir, falamos da situação em que ocorre um conflito de deveres, previsto no artigo 36.º do CP, ou, por outras palavras, o caso em que o dever de auxílio colide com outro dever de acção. Neste caso, a licitude da conduta do agente verifica-se desde que, com a sua realização, cumpra o dever de valor igual ou superior àquele que deixou de cumprir. Porquanto ocorre uma especialização do estado de necessidade excludente da ilicitude, tem aqui lugar a aplicação do princípio fundamental da «ponderação de bens e deveres conflitantes e da prevalência do preponderante»²²⁵.

Destarte, não é ilícita a conduta do agente que, representando uma situação em que apenas lhe é possível socorrer uma de duas vítimas, decide salvar uma, deixando a outra sem assistência, que acaba por morrer²²⁶. De acordo com a posição de Wessels, a sua conduta tem-se por justificada dado satisfazer um valor igual ao que sacrificou.

Ainda em relação ao conflito de deveres, mais concretamente no que respeita ao conflito de ordens legítimas da autoridade, nota para a limitação expressa constante do n.º 2 do artigo 36.º, em que o dever de obediência hierárquica não prevalece sobre o dever de prestar auxílio a outrem. Assim, não deve admitir-se a licitude da conduta do agente que não actua em auxílio da pessoa que verifica encontrar-se em estado de grave necessidade, porque é impedido de o fazer pelo patrão ou superior hierárquico que o ameaça com a aplicação de uma sanção, caso preste o auxílio que impõem as circunstâncias²²⁷.

Por fim, há que mencionar ainda o problema do consentimento como causa de exclusão da ilicitude, contemplado nos artigos 38.º e 39.º do CP. Não tendo por finalidade

²²⁴ Cfr. redacção do n.º 2 do artigo 33.º.

²²⁵ Assim, FIGUEREDO DIAS, nota, pp. 62-63.

²²⁶ Neste caso, parte-se do pressuposto de que, em relação a cada vítima, apenas subsiste a obrigação emergente do artigo 200.º. Diferente é o caso em que o agente detém uma especial posição de garante da não produção do resultado lesivo relativamente a um dos sujeitos passivos, devendo prevalecer, nesta hipótese, o dever de auxílio decorrente desse vínculo especial. Mais, pretendemos elencar aqui as situações limite em que é espacio-temporalmente impossível demandar esse auxílio alheio. A este propósito, é frequentemente citado pela doutrina penal o caso em que o médico, numa situação de emergência, perante dois feridos em estado grave, salva apenas um por não poder tratar os dois em simultâneo.

²²⁷ Por muito relevante que do ponto de vista social se apresente a sanção que ameaça o agente, por exemplo, o desemprego ou um processo disciplinar. Sem prejuízo do recurso à inexigibilidade como causa de exclusão da culpa, se as circunstâncias de facto o impuserem.

o aprofundamento dos múltiplos e complexos problemas de interpretação relacional entre os preceitos referidos e o artigo 200.º, apenas iremos apontar os aspectos de maior relevo.

Para efeitos de exclusão da ilicitude, o consentimento impõe uma tomada de posição relativamente à determinação dos bens ou interesses que podem ser livremente disponíveis pelo seu titular. Relativamente ao crime de omissão de auxílio, surge a dúvida no caso em que uma pessoa, em caso de grave necessidade, se encontra nas condições impostas pelos n.ºs 2 e 3 do art. 38.º, isto é, se possui o discernimento necessário para avaliar o alcance e o sentido do consentimento que presta, e se este se traduz numa vontade séria, livre e esclarecida.

Neste quadro, a questão da assistência a um suicida apresenta peculiaridades e dificuldades que têm sido merecedoras de atenção por parte da doutrina penal.

No que concerne ao problema da renunciabilidade do bem jurídico vida, tutelado pelo art. 200.º, entendida embora a sua irrenunciabilidade face a ataques dolorosos de terceiro, tem sido postulada a sua disponibilidade quanto a ataques provenientes do próprio titular²²⁸.

Partindo do pressuposto que a vítima pode dispor dos seus bens jurídicos pessoais, resta-nos averiguar se um suicida se encontra nas condições físicas, e sobretudo psíquicas, que lhe permitem emitir uma vontade séria, livre e esclarecida. Admitindo que certos comportamentos suicidas possam traduzir-se em manifestações sintomáticas de um estado patológico ou, de todas as formas, de uma quebra momentânea do equilíbrio homeostático e, nesta medida, configurem casos de grave necessidade, impondo a actuação de auxílio por parte do agente, é necessário salvaguardar as situações em que o acto suicida pode representar uma decisão consciente e reflectida sobre a própria existência, isto é, quando pode manifestar a assunção absoluta da própria liberdade, destruindo-a, porém.

Cientes da complexidade e extensão do problema, julgamos, com Maria Leonor Assunção, não serem de considerar estas situações como casos de grave necessidade, pelo menos na concepção de que não deva nestes casos ser negada eficácia ao consentimento, ou seja, à recusa de assistência a prestar por terceiro, com fundamento nas específicas

²²⁸ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Pressupostos da Punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa: Ciclo de conferências promovido pelo CEJ*, 1984, p. 60, e *Aditamentos das Lições de Direito Penal*, pp. 22-23. O Autor extrai esta conclusão do facto de não ser punido o suicídio pelo ordenamento jurídico-penal, da exigência de consentimento para toda e qualquer intervenção médica e de permissão legal da prática de actividades especialmente perigosas como o boxe, corridas de automóveis ou motociclos.

condições físicas e psicológicas da vítima²²⁹. Por isso, não poderá, neste sentido, considerar-se ilícita a conduta do agente que não actua em auxílio de um suicida, porque este «lho pediu insistentemente em nome da sua autonomia ética»²³⁰. Na esteira da Autora acima referida, e seguindo a linha de pensamento de Figueiredo Dias, supomos ser esta a única perspectiva compatível com a dimensão axiológica que deve revestir o ordenamento jurídico-penal de um Estado de Direito democrático e pluralista, baseado no respeito pela livre determinação, pressuposto da autonomia ética do homem.

Importa ainda deixar consignado que a omissão de assistência ao suicida, isto é, a simples inactividade na presença de um indivíduo que empreende uma conduta tendente a pôr termo à sua própria vida, nunca integrará, a nosso ver, um crime de auxílio ao suicídio²³¹. Não nos alargando, por razões óbvias, quanto à expressão «prestar ajuda», constante da redacção do artigo 135.º, supomos que considerar a simples abstenção de actuar, face a um comportamento suicida, um acto de auxílio ao suicídio, pressuporia, ao menos, a existência na esfera do agente de um dever especial de impedir o resultado. Ora, sobre o sujeito activo na presença de um suicida pesa, exclusivamente, um dever genérico de auxílio que emana do artigo 200.º²³².

²²⁹ Estamos precisamente face ao argumento da situação de desamparo físico e psicológico em que é suposto encontrar-se o suicida, agregado à intransigente defesa da característica de irrenunciabilidade do bem vida, ainda mesmo quanto a ofensas do próprio titular, que sustenta a tese propugnada por um sector doutrinário em Espanha «ao exigir-se uma situação de perigo manifesto e grave em que a pessoa se encontre desamparada, resulta difícil outorgar eficácia ao consentimento emanado em tais circunstâncias... pode dizer-se que o sujeito não possui, nestes casos, capacidade para consentir, não só no sentido de que sofra uma «perturbatio animi», mas sim na medida em que há-de ser uma pessoa desamparada que não controla em absoluto o curso evolutivo da situação de perigo de modo que ele mesmo não possa saber, se ao renunciar o auxílio, dispõe tão só de segurança para os bens vida e integridade corporal, ou pelo contrário, renuncia a esses mesmos bens que são indisponíveis» RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 246-247. Nesse sentido, R. Deveza e Alamillo Canillas.

²³⁰ Vide FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra Editora, 3.ª Ed., 1987, p. 347.

²³¹ A não ser quando impende sobre o agente um dever especial de impedir o resultado. Nesse sentido, Antolisei, em que não pode pôr-se em dúvida que os deveres de assistência familiar podem basear uma comissão omissiva do delito de auxílio ao suicídio, pois seria inadmissível sustentar-se neste caso que a pessoa chamada a administrara alimentos para não deixar morrer à fome um parente, não esteja no dever jurídico de impedir o seu suicídio, apud Rodriguez Mourullo. Se bem que neste caso a conduta do agente possa vir a integrar um crime de comissão por omissão, nos termos do n.º 2 do art. 10.º do CP, em nosso ver. De realçar, sobre esta problemática, os estudos de Silva Sanchez, cuja posição, que perfilhamos com Maria Leonor Assunção, se perfila na direcção da não punibilidade da omissão do agente perante um suicídio «livremente empreendido» mesmo quando sobre o omitente recai um dever de garante. A impunibilidade deve estender-se mesmo aos casos de inconsciência do suicida, se for do conhecimento do agente que o início da acção levada a cabo por aquele foi «livre». Neste sentido, a doutrina alemã maioritária. O dever de auxílio ao suicida só existe quando a conduta suicida representa um perigo para terceiros ou nos casos em que o suicida desiste da decisão de pôr termo à vida. Assim, Schonke-Schröder.

²³² Assim, Rodriguez Mourullo.

Por fim, nota ainda para a existência de causas de justificação supra-legais, que não encontram o seu regime plasmado na lei, mas que se constroem a partir dos princípios gerais do ordenamento jurídico e, mais concretamente, a partir dos princípios que norteiam o regime jurídico da exclusão da ilicitude. Assim, costuma a doutrina apontar duas causas de justificação supra-legais: a legítima defesa preventiva²³³ e o direito de necessidade (ou estado de necessidade) defensivo²³⁴.

Assim, em relação ao crime previsto no artigo 200.º do CP, analisámos apenas as causas gerais, deixando a análise da causa específica de exclusão da ilicitude para momento posterior²³⁵.

5.4 – Causas de exclusão da culpa

Para responsabilizar alguém criminalmente é necessário que essa pessoa, para além de ter uma acção penalmente relevante, ou seja, que pratique simultaneamente um facto típico e ilícito, tenha sobre si um juízo de censura de culpa, isto é, é necessário também que o facto praticado seja culposos.

A relação que se estabelece entre a ilicitude e a culpa não é feita nos mesmos termos, porque a ilicitude não indica a culpa.

Um facto pode ser ilícito e não estar subjacente a esse facto qualquer juízo de censura de culpa, por isso, a culpa é um pressuposto analítico da punibilidade autónomo e é também um pressuposto material da punibilidade.

A culpa em direito penal em primeiro lugar é a negação da responsabilidade objectiva²³⁶. A responsabilidade penal tem que se fundar numa culpa concreta, daí o preceituado no artigo 18.º do CP quando se diz que “*a imputação do resultado, ainda que não previsto ou não querendo pelo agente, tem que ser feita pelo menos a título de negligência*”.

²³³ Esta é aceite naqueles casos em que o defendente actua antes da própria agressão, mas com o intuito de a evitar, sendo aceite que o defendente não pode esperar pelo momento da agressão sob pena da sua defesa ser absolutamente ineficaz.

²³⁴ É uma causa de justificação supra-legal que nasceu para de alguma forma dar cabimento à exclusão da ilicitude do crime de aborto, quando a interrupção voluntária da gravidez era efectuada sob indicação médica na medida em que o nascimento do feto poderia redundar na morte da mãe.

²³⁵ Cfr. Capítulo VI, Ponto 1.

²³⁶ De relembrar que em Direito Penal, não há responsabilidade objectiva.

Nesse sentido a imputação do resultado tem na sua base um juízo de censura da culpa, uma culpa concreta do agente, dolosa ou negligente.

São três as causas de exclusão da culpa, previstas no Código Penal: o excesso de legítima defesa (artigo 33.º CP); o estado de necessidade subjectivo ou desculpante (artigo 35.º CP), e a obediência indevida desculpante (artigo 37.º CP). A verificar-se uma destas situações, a culpa está excluída, mas o facto permanece necessariamente ilícito, uma vez que o juízo de ilicitude procede necessariamente o juízo de culpa²³⁷.

Não obstante, é ainda evidente que têm aqui aplicação as circunstâncias que supostamente excluem a culpa do agente, dado configurarem a sua inimputabilidade, seja em razão de anomalia psíquica (art. 20.º CP), seja em razão da idade (art. 19.º CP), com a devida salvaguarda para os casos em que a anomalia psíquica tenha sido criada pelo agente, com intenção de cometer o facto²³⁸.

A fórmula constante da parte final do n.º 3 do artigo 200.º configura uma cláusula geral de inexigibilidade, sem equivalente nas causas de exclusão tipificadas na Parte Geral do Código Penal, sobre a qual falaremos oportunamente em capítulo próprio²³⁹.

Foi já referido que o desconhecimento ou erro que afecte o conhecimento das circunstâncias fácticas que conformam o tipo de crime de omissão de auxílio tem, como consequência, a exclusão do dolo da conduta, uma vez que impede o agente de se posicionar correctamente face à qualidade desvaliosa do facto.

Diversa é a situação em que, conhecendo o agente os pressupostos de facto que lhe permitam a compreensão global material do facto de onde emerge a obrigação de actuar, não logra apreender o significado anti-jurídico da sua omissão²⁴⁰, isto é, não efectua a correcta valoração da sua conduta de acordo com os critérios de valor preconizados pelo ordenamento jurídico-penal. O mesmo será dizer que actua sem consciência do dever jurídico que lhe impunha a correcta «valoração moral e social da situação concreta»²⁴¹.

Ora, manifestando a conduta omissiva do agente, neste caso, um grave sintoma de indiferença, senão contrariedade, em relação ao ordenamento jurídico, não pode por isso

²³⁷ Atento o seu conteúdo complexo e extenso, não iremos fazer uma descrição pormenorizada de cada uma das causas de justificação do facto, sob pena de extravasar, em demasia, o tema da presente dissertação.

²³⁸ Aqui falamos dos casos de *omissio libera in causa* – cfr. n.º 4 do artigo 20.º do Código Penal.

²³⁹ Remetemos para o capítulo VI da presente dissertação a análise da referência expressa que o artigo 200.º faz à figura da inexigibilidade.

²⁴⁰ Assim, Eduardo Correia.

²⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, nota 230, p. 202-203.

a falta de consciência da ilicitude ser valorada do mesmo modo que o erro que recai sobre os pressupostos fácticos que fundamentam o dever de agir. Na verdade, estipula o artigo 17.º do CP que não releva para efeitos de exclusão do dolo²⁴², embora possa constituir uma causa de exclusão da culpa do agente, se lhe não for censurável (n.º 1 do mesmo preceito). Não vemos, portanto, como é que a falta de consciência da ilicitude da omissão de auxílio, quando radica em erro sobre o mandato, ou sobre a «imposição legal»²⁴³, possa configurar um erro não censurável. A atitude de um indivíduo que se recusa a prestar o socorro que o seu semelhante deveras necessita, tendo em vista o afastamento de um perigo para bens jurídicos fundamentais, dado que desconhece que sobre ele impende qualquer obrigação jurídica de actuar, revela a prática, em termos absolutamente intoleráveis, do princípio anglo-saxónico «Mind your own business»²⁴⁴ e, no essencial, uma intrínseca desconformidade entre os «critérios de valor do agente e os aceites pela ordem jurídica»²⁴⁵, estes últimos com sólida correspondência na consciência ética da comunidade com raízes socio-culturais profundas.

A falta de consciência da ilicitude pode, todavia, resultar de um erro que se dirige à existência ou limites de uma causa de justificação ou que deriva das convicções íntimas do agente (sejam de origem religiosa ou filosófica). Ainda nestes casos, é manifesta uma contrariedade entre a consciência ética do agente e os fundamentos axiológicos do ordenamento jurídico-penal.

No primeiro caso, o agente não presta o auxílio necessário à vítima, dado convencer-se que as circunstâncias fácticas coexistentes legitimam ou desculpabilizam a sua abstenção²⁴⁶. No segundo caso, a falta de consciência da ilicitude radica na perspectiva axiológica em que o agente se coloca, uma vez que é sua íntima convicção que o incumprimento do dever jurídico é legítimo, por corresponder a um imperativo

²⁴² Prevendo-se, contudo, uma especial atenuação da pena, nestes casos, aplicando o n.º 2 do mesmo artigo.

²⁴³ Terminologia utilizada por Eduardo Correia.

²⁴⁴ Com todo o respeito que nos merece a cultura anglo-saxónica à qual prestamos homenagem, sobretudo quando postula uma certa sobriedade no relacionamento entre os componentes de uma sociedade. O princípio a que nos referimos, contendo em si a intenção, assaz meritória, de proscrever a ingerência na esfera jurídica de terceiro, tem sido, não obstante, utilizado para justificar comportamentos onde pontuam principalmente sentimentos de egoísmo e de indiferença pelo próximo.

²⁴⁵ FIGUEIREDO DIAS, nota 230, p. 329.

²⁴⁶ Incluir-se-á, neste caso, a conduta do transeunte que, durante a noite, é agredido por um indivíduo que manifesta a intenção de lhe roubar a carteira e, procurando defender-se, dispara com uma pistola que traz consigo, contra o seu agressor, atingindo-o, após o que, o abandona caído no solo, não lhe prestando qualquer espécie de auxílio, dado considerar que a licitude do seu acto de defesa abrange a conduta omissiva e que a vítima «teve apenas a justa recompensa da sua conduta», GLADYS ROMERO/ J. M.ª ELGUERO, *Casos de Derecho Penal*, Iplacea, Madrid, 1987, p. 223-224.

axiologicamente relevante²⁴⁷. A conduta omissiva do agente, preenchendo embora o ilícito-típico a que se refere o art. 200.º, não configura a manifestação de uma personalidade desvaliosa que se encontra na base do juízo ético de censura. Nas palavras de Figueiredo Dias, o agente actuou afinal «com recta consciência», a sua atitude é ainda de «fidelidade a exigências reais objectivas do direito, a pontos de vista de valor juridicamente relevantes»²⁴⁸. Aqui, o agente supõe que a conduta é lícita porque corresponde à salvaguarda de um bem juridicamente protegido – a liberdade de auto-determinação.

Vejam, contudo, outra hipótese: constatando a grave necessidade de auxílio médico que patenteia a vítima de um sinistro, o agente não cura de promover o seu socorro por considerar, face às suas arreigadas convicções religiosas, que nada do que possa fazer no sentido de prestar auxílio material ao necessitado, condiciona o afastamento do perigo ou evita o resultado lesivo, se esse resultado corresponder aos desígnios divinos²⁴⁹.

Conscientes da particular sensibilidade dos casos em que configura uma falta de consciência da ilicitude, mais ainda, dada a natureza do art. 200.º, impondo um dever de agir em defesa de bens alheios, julgamos que o comportamento do agente deverá ser analisado numa perspectiva axiológica-teleológica, obedecendo ao princípio da ponderação dos bens em conflito, aproximando, se não identificando, esse princípio com o critério que subjaz a apreciação da inexigibilidade, procurando necessariamente investigar se «a solução dada pelo agente à questão da ilicitude corresponde a um ponto de vista de valor que, não fosse a situação de conflito com outros ou mesmo com razões

²⁴⁷ Cite-se o comportamento do sujeito activo que não impede a execução de um processo de suicídio, dado considerar a sua intervenção uma portentosa ingerência na esfera jurídica alheia ou, de qualquer modo, uma intolerável violação da autonomia ética do outro. Este caso é susceptível de se confundir com a situação em que milita uma causa de exclusão da ilicitude – o consentimento da vítima. Mas, considerando os riscos que podem advir da relevância a outorgar ao consentimento presumido, nas circunstâncias em que o desencadear material de um processo de suicídio é desacompanhado de outros elementos que permitam com toda a segurança inferir tratar-se de «uma verdadeira decisão existencial», entendemos dever configurar preferencialmente uma falta de consciência da ilicitude quando, não se encontrando embora preenchidos rigorosamente os requisitos constantes do n.º 2 do art. 38.º do CP, o agente não actuou por respeito para com a liberdade de auto-determinação do sujeito passivo.

²⁴⁸ Nota 245, p. 352.

²⁴⁹ O exemplo em questão, aparentando situar-se na fronteira entre o real e o absurdo não deve considerar-se apenas um exemplo meramente académico. Com efeito, é, infelizmente, a caricatura de uma prática evidenciada entre membros de seitas religiosas que, sobretudo na América do Norte, reúnem um número considerável de adeptos. Recorde-se o caso que há alguns anos comoveu a opinião pública dos E.U.A.: os pais de uma criança diabética deixaram de lhe ministrar a medicação que era devida, por acreditarem que, para a total cura do filho, bastaria uma fé inabalável nos poderes divinos. A criança veio, entretanto, a falecer, por privação de cuidados médicos e medicamentosos. Neste caso concreto, a conduta dos agentes, dado o dever especial emanado do vínculo familiar que os unia à vítima, tornando-os garantes da não produção do resultado lesivo para a sua vida, poderia vir a integrar um crime de comissão por omissão.

de estratégia e de oportunidade, poderia conferir juridicidade à conduta» e ainda se «a adequação a um tal ponto de vista de valor se manifesta no facto»²⁵⁰.

5.5 – Pena

A culpa é o fundamento e o limite da medida da pena, isto é, não é possível aplicar uma pena, que é a sanção característica do direito penal, a quem não tenha actuado com culpa.

Daí que, a culpa seja o fundamento da pena. Mas a culpa é também o limite da medida da pena, na medida em que consoante a maior ou menor culpa manifestada pelo agente na prática do facto ilícito, daí a maior ou menor pena, de acordo com a graduação da medida da pena (artigos 71º e ss. do CP).

²⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, nota 245, p. 82.

V. O dever de auxílio reforçado – o caso especial do n.º 2 do artigo 200.º

O artigo 200.º do CP comporta, no seu n.º 2, um tipo agravado²⁵¹, conferindo à omissão de auxílio um maior desvalor social. Abarca todas as situações de perigo, criadas mediante a actuação precedente – a ingerência – do indivíduo. Impõe-se resolver uma série de questões advindas da opção legislativa pelo tipo agravado de omissão de auxílio, nomeadamente no que se refere à fundamentação, que, de *per si*, suscita alguns problemas. Está em causa saber se, sobre o agente, recai um dever especial, *maxime*, que dê lugar a uma responsabilização pelo resultado, em articulação com o n.º 2 do artigo 10.º, também do CP, ou se o agente que causou, por exemplo, um acidente, está sujeito a prestar assistência sobre qualquer pessoa.

Conjugando o artigo 200.º, n.º 2, com o ponto 30 do Preâmbulo da Parte Especial do CP, tem-se, portanto, que a opção legislativa foi no sentido de viabilizar uma forma intermediária entre a máxima responsabilização pela imputação do resultado e a simples responsabilidade pela omissão de auxílio. Optou-se por sancionar a conduta, porém agravada, donde se conclui que o bem jurídico em causa neste preceito é a solidariedade social. Estamos, assim, perante um delito de omissão própria, como veremos adiante.

1 – A problemática da Ingerência

Em primeiro lugar, importa delimitar o conceito de Ingerência, atendendo à sua grande complexidade. Deste modo, esta pode ser definida como a conduta precedente que põe em causa bens jurídicos de terceiros, quer através da criação de um perigo original para os mesmos, quer pela exponenciação de um perigo já existente.

Analizando as características do facto prévio perigoso saliente-se que o mesmo não se restringe a condutas activas, admitindo-se a possibilidade deste consistir numa “omissão violadora do dever”.²⁵² Independentemente da modalidade que assuma, cedo

²⁵¹ A jurisprudência espanhola tem entendido a situação de ingerência como delito de fuga e, por isso, como um delito autónomo face ao crime de omissão de auxílio. Por conseguinte, mesmo que a vítima não se encontre em situação de perigo, subsiste um dever, desta feita não com fundamento na solidariedade, mas no pensamento de ingerência. A agravação reside nas “considerações próprias do pensamento da ingerência, advertindo que se acrescenta a anti-juricidade do agente, por ter causado a condição da vítima.”, in BAJO FERNANDEZ, nota 183, p. 74.

²⁵² Nesse sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, nota 22, p. 945.

nos apercebemos que o entendimento geral tem sido de que o mesmo deverá ser contrário ao Direito para que fundamente a emergência de um dever de garante.

A jurisprudência portuguesa tem-se pronunciado neste sentido, sublinhando que os restantes casos deverão ser enquadrados no crime de omissão de auxílio, p. e p. no artigo 200.º do C. Penal.

Num entendimento mais amplo, defende Taipa de Carvalho a possibilidade de também os casos em que o perigo tenha sido objectivamente causado possam conduzir a essa responsabilidade por omissão, baseada numa ingerência. Sustenta o A. que nestas situações a ingerência não pode ser considerada como lícita nem como ilícita, fazendo, de qualquer modo, emergir um dever de garante. Para tal defende que “se, no plano jurídico-civil determinadas situações causadoras de prejuízos (casos da responsabilidade objectiva ou pelo risco) «fundamentam o dever jurídico de os reparar, também, no plano jurídico-penal, estas situações quando ponham em perigo determinado bem jurídico-penal fazem recair sobre o causador da situação de perigo o dever jurídico-penal de praticar a acção que evite [procure evitar] a concretização do perigo, que evite o resultado.”²⁵³

Distinto entendimento tem André Lamas Leite para quem tais casos, em consonância com o supra exposto, cairiam no âmbito do dever geral de auxílio, mais especificamente no n.º 2 do artigo 200.º do C. Penal.

Complexa revela-se também a questão de saber se é de admitir uma conduta precedente negligente ou se esta apenas poderá ser dolosa. Do nosso ponto de vista, cremos que, ainda que seja de um relativo menor desvalor, também a actuação anterior reveladora de uma falta de cuidado será relevante para que se possa afirmar a comissão por omissão; importante será que a mesma comprometa um bem jurídico, devendo as eventuais diferenças ser tomadas em consideração aquando da determinação concreta da pena e da aplicação ou não da atenuação especial prevista no n.º 3 do artigo 10.º do C. Penal, para além das que existam, naturalmente, das diferentes molduras penais previstas na parte especial do C. Penal.

Não pretendendo relegar a importância da conduta anterior, deve dar-se o devido destaque à acção a que o sujeito estava obrigado, tendo o “omitente que dominar o âmbito

²⁵³ Nesse sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense Parte especial*, Tomo I, Dir.: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 1240-1241.

dentro do qual se reproduz o resultado a evitar”²⁵⁴, quer a sua actuação tenha criado um novo risco que se tenha limitado a potencializar um já existente.

A isto acrescenta-se, e partindo da perspectiva de Roxin, por nós partilhada, que essencial para a afirmação da posição de garante, gerada pela ingerência, será a imputação objectiva, ou seja, o estabelecimento de um nexo de causalidade adequada, entre a conduta anterior e o resultado produzido²⁵⁵, ficando, assim, excluídas as hipóteses em que o comportamento anterior se mantenha dentro do risco permitido, aquelas em que o resultado ocorra, mas por força de materialização de um outro risco, e por fim os casos em que a actuação prévia não caiba no âmbito de protecção da norma.²⁵⁶ É precisamente neste último argumento que a doutrina espanhola²⁵⁷ se apoia, num entendimento contrário ao do BGH, para defender a impossibilidade de se invocar no caso *Lederspray* ²⁵⁸ a ingerência enquanto plano fundamentador da posição de garante.

²⁵⁴ Nesse sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, nota 25, p. 273.

²⁵⁵ “Somente a quem se pode imputar o perigo criado conforme critérios jurídicos tem responsabilidade e terá que evitar o perigo de uma lesão – consoante o caso, mais ampla ou mais grave.” Nesse sentido, CLAUS ROXIN, *Ingerência e imputación objectiva*, Revista Penal, Trad. por Raúl Pariona Arana, LL.M (Universidad de Munich) p. 155, tradução nossa. Não é este, no entanto, um pressuposto particular do plano da ingerência sendo comum aos restantes planos do dever de garante.

²⁵⁶ Exemplificando este último aspecto, se um condutor atropela um ciclista que cai na lombada da estrada aproximando-se um indivíduo que lhe furta a carteira poderá o condutor ser responsabilizado enquanto cúmplice pelo crime de furto? A resposta será claramente negativa, prestando atenção à natureza das normas de tráfego rodoviário não são os bens jurídicos patrimoniais que as mesmas ambicionam proteger. Esta foi, a posição sustentada pelo próprio BGH que “assumiu a regra de imputação quando exige para uma posição de garante que a infracção consista justamente numa violação de um semelhante preceito que sirva para protecção do bem jurídico posto em perigo.” Nesse sentido, CLAUS ROXIN, nota 41, p. 158., tradução nossa. Também Faria Costa destaca a importância que o âmbito de protecção da norma deve assumir, chamando a atenção para “o facto de se dever entender que o acto de interpretar (...) se faça sempre tendo em conta a específica intencionalidade normativa revelada pelo texto-norma”. Nesse sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, *Omissão (Reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, In: BFDUC, LXXII, 1996, p. 393.

²⁵⁷ Nesse sentido, M.^a JOSÉ RODRIGUEZ MESA, *La Atribución de Responsabilidad en Comisión por Omisión*, Editorial Aranzadi, 2005, p. 103-104.

²⁵⁸ Caso emblemático, considerado por muitos como um verdadeiro *leading case* na temática da responsabilidade penal por produtos defeituosos, que se desenrolou na Alemanha. Uma sociedade comercializava um *spray* aerossol para utilizar em produtos de couro, tais como calçado e peles. A sua utilização revelou-se inócua até à década de 1980, altura em que surgiram os primeiros casos de lesões à integridade física nos seus consumidores, nomeadamente a nível respiratório tendo alguns destes corrido risco de vida. Após reunião extraordinária da administração da empresa, no ano de 1981, os responsáveis decidiram-se pela manutenção do produto em circulação, tendo sido introduzido um rótulo que continha uma advertência para os consumidores. O BGH, na sentença de 1990 começou por considerar quatro momentos temporais distintos, afirmando a existência de um dever de garante de forma a sustentar os crimes de ofensa à integridade física por omissão. a grande particularidade residiu no facto de o Tribunal numa ingerência lícita, *a priori*. Este entendimento levou a uma grande controvérsia na doutrina, onde alguns A. sustentavam que deveria fazer-se um juízo *ex ante* e não *a posteriori*, invertendo assim o raciocínio lógico levado a cabo nestas hipóteses.

A importância da imputação objectiva revelar-se-á, para além disso, aquando da presença de uma situação de concurso de causas, em que dúvidas existem quanto a uma partilha de responsabilidades face à ocorrência de um resultado desvalioso.²⁵⁹

No caso de omitente e vítima terem contribuído para a mesma causa, há que estabelecer o nexo de causalidade entre determinada conduta e os danos que esta possa ter causado para a integridade física e/ ou vida da vítima de modo a que se possa afirmar a existência ou não de um dever de garante e proceder à respectiva criminalização. Caso o estabelecimento do nexo de causalidade não proceda, terá de se afirmar a existência de um dever geral de auxílio e não já de um dever de garante.

Assim sendo, estamos em condições de afirmar que a imputação objectiva surge como critério fundamental para delimitar a ingerência enquanto plano da posição de garante, não se ficando, naturalmente, obrigado a remover todo e qualquer perigo para o bem jurídico ameaçado, só podendo ser imputadas ao sujeito as lesões que surjam da concretização de um risco por este criado.

2 – O caso especial do n.º 2 do artigo 200.º

Em primeiro lugar, cumpre notar que apenas faremos uma breve súmula acerca da problemática do n.º 2 do artigo 200.º, uma vez que, atendendo à elevada complexidade da matéria, estaríamos a extravasar o núcleo da presente dissertação.

Feita a nota prévia, atente-se então ao n.º 2 do preceito supra referido. Este coloca um especial problema – a Ingerência – sendo denominado também por omissão de auxílio qualificada. A sua particularidade reside precisamente no facto de que é o próprio omitente (do auxílio) que, com a sua actuação, cria a situação de “desastre”, “calamidade” ou “perigo”, de acordo com a letra da lei. Consequentemente, o facto de o sujeito nada fazer para auxiliar terceiro é mais grave e censurável, traduzindo-se num aumento da pena aplicável.

²⁵⁹ Tomando em consideração o exemplo de Taipa de Carvalho, será este “o caso do condutor que circula com excesso de velocidade e do atropelado que atravessa repentinamente a rua”. Nesse sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, nota 39, p. 1241.

Entendemos que o mesmo se aplicará ainda que a actuação precedente seja negligente, uma vez que o fundamento de uma maior censura reside precisamente no *non facere* e não na conduta anterior.

Também nas situações em que o sujeito actua ao abrigo de uma causa de justificação, a discussão revela-se fértil.

Atente-se ao seguinte exemplo de escola: “**A**, em legítima defesa, agride **B** (fazer precedente), não o socorrendo, depois de já desaparecida a agressão, acabando **B** por morrer em consequência das feridas infligidas. A conduta de **A** é uma acção típica, dolosa, mas justificada, portanto ilícita e em que há um excesso.”²⁶⁰

Em tal caso e salvo se houver uma legítima defesa excessiva²⁶¹ (e por isso ilícita) será materialmente injusto afirmar a existência de uma posição de garantia. De facto, visto que o sujeito omitente actuou em plena conformidade com o Direito, tal entendimento seria até contraditório. Ainda que afirmando um Direito Penal de protecção e promoção de bens jurídicos, como temos vindo a defender, ao admitir-se essa solução estar-se-ia a conceder uma maior protecção ao agressor inicial que ao agredido, o que é de todo inadmissível.

Da nossa parte, apoiados naquele que é o entendimento geral do BGH e de Autores como Jescheck e Figueiredo Dias²⁶², pensamos que a responsabilização do omitente deverá ocorrer no âmbito do artigo 200.º do C. Penal.

Dentro ainda das situações de legítima defesa surgem dois casos com contornos distintos: serão as hipóteses em que haja previamente, entre os sujeitos, uma relação de garante e as acções de defesa praticadas pelas forças policiais no âmbito da sua actividade profissional.

Relativamente ao primeiro caso, poderemos exemplificar as agressões que aconteçam entre cônjuges ou entre pais e filhos. Aqui já tenderíamos a concordar que

²⁶⁰ Nesse sentido ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos*, In: RFDL, Lisboa, V. 42, N.º 2, 2001, p. 1296.

²⁶¹ Relativamente ao excesso de legítima defesa, “nestes casos já entramos numa ilícita acção causadora da situação de perigo, afirmando-se, consequentemente, o dever de garante.” Nesse sentido TAIPA DE CARVALHO, nota 39, p. 1240-1241. Ainda relativo aos limites da legítima defesa, Jescheck “entende que o direito à defesa deve terminar ali onde através do seu exercício se lesiona gravemente o sentido jurídico”. Acrescentando mesmo que “também está justificada a exigência de que se deve evitar responder ao ataque de crianças.” Nesse sentido, CLAUS ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, José Luis Depalma Editor, 2.ª edición, 2.ª reimpresión, p. 46, nota 11, tradução nossa.

²⁶² Para quem “a posição de garante por força da ingerência não existirá quando ao agente cabia um direito de intervenção na esfera pessoal da vítima”. Nesse sentido, ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, nota 38, p. 1297.

existe um especial dever de agir caso tenha ocorrido “uma situação de perigo para a vida ou de lesão grave da integridade física do agressor”²⁶³, mas o mesmo fundamentar-se-ia, precisamente, nessa relação pré-existente e não já na actuação em legítima defesa.

Quanto à segunda situação exposta, e uma vez que tais autoridades, em princípio, disporão de meios mais perigosos que aqueles normalmente usados pelos civis, também será de afirmar um dever de garante, por um lado, pelas suas especiais aptidões para lidar com situações de risco e por outro lado pelas funções que lhes estão cometidas quanto à manutenção da segurança dos cidadãos e da paz social.²⁶⁴

Num polo oposto, estarão os casos em que, por ex., alguém entra na moradia de outrem com o intuito de a furtar, acabando por se magoar. Não se poderá defender, cremos, estar o proprietário do imóvel onerado com um dever de garante fundado no plano da ingerência, nem tão pouco se verificarão os pressupostos dos restantes planos de garante capazes de suscitar tal responsabilidade. O que estará em causa será sim um dever geral de prestar auxílio nos termos do n.º 1 do artigo 200.º do C. Penal.

Complexa será também a questão ao abrigo de um estado de necessidade justificante. Senão vejamos: “A ciclista, cumprindo todas as regras de trânsito, para não colidir com um camião que não respeita essas mesmas regras, circulando fora de mão, desvia-se para a berma atropelando C, um peão que ali passava, não fazendo nada para evitar que C morra em consequência da lesão.”²⁶⁵

Aqui o sujeito omitente, de forma a salvaguardar a sua vida e integridade física, acaba por pôr em risco as de um terceiro, de todo alheio à situação. Como tal, a solução que melhor se coadunará com os imperativos de justiça e solidariedade, será, a nosso ver, a afirmação de uma posição de garante.²⁶⁶ Não obstante, a doutrina revela-se dividida, existindo Autores para quem a punição deveria ser tratada de forma idêntica à legítima defesa (de acordo com o n.º 2 do artigo 200.º), e outros, como Paulo Pinto de

²⁶³ Nesse sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, nota 39, p. 1242-1243.

²⁶⁴ “O disposto no DL 457/99, de 5-11, art. 6.º («O agente que tenha recorrido a arama de fogo é obrigado a socorrer ou tomar medidas de socorro dos feridos logo que lhe seja possível»), deve considerar-se como expressão do **dever de garante**, dever este que é extensível a todas as forças de segurança públicas.” *Ibidem*, sublinhados do autor.

²⁶⁵ Nesse sentido ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, nota 38, p. 1297, sublinhados do autor.

²⁶⁶ Também Taipa de Carvalho contrariamente ao que defendera no passado, entende que a situação de estado de necessidade fará emergir um dever jurídico de garante. Diferentemente, serão para o A. os casos, em que o omitente actuou numa situação de legítima defesa. Aí emergirá um dever geral de auxílio, não já um dever jurídico de garante.

Albuquerque, que defendem que “quem age justificadamente está sujeito ao dever geral de auxílio da pessoa agredida nos termos do artigo 200.º, n.º 1”.²⁶⁷

Face ao exposto, interrogamo-nos em que situações será de invocar a utilização deste artigo. O raciocínio de alguns Autores será o de considerar a omissão de auxílio como fundamento do dever de garante. Julgamos, no entanto, que este não possa proceder, precisamente por na omissão de auxílio não existir a relação de proximidade existencial que é intrínseca ao dever de garante.

Pelo contrário, aparecerá como mais lógico o argumento, largamente defendido pela doutrina e jurisprudência, de que o que estará em causa é um concurso aparente, também designado por concurso legal. No que a este respeita e face à situação em análise, alguns A. entendem que as normas em questão estariam numa relação de consunção, enquanto outros a assumem como uma relação de subsidiariedade.²⁶⁸ Consensual será que, em caso de conflito, prevalecerá o n.º 2 do artigo 10.º em conjugação com um outro artigo da parte especial, defendendo-se, assim, que o artigo 200.º deverá ceder perante um dever de garante, “como *minus* que é”, adoptando a terminologia de Schönke-Schröder, “relativamente ao *maius*”²⁶⁹, que o artigo 10.º constitui.

A nosso ver, pensamos ser este o entendimento correcto, devendo dar-se prevalência ao n.º 2 do artigo 10.º do C. Penal, sendo o artigo 200.º de aplicar quando não haja entre os sujeitos uma relação de proximidade tal que faça emergir um dever jurídico de garante e a lacuna de punição seja tida como injusta.²⁷⁰

²⁶⁷ Nesse sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, nota 39, p. 1241.

²⁶⁸ Figueiredo Dias defendeu, nas Jornadas de Direito Criminal organizadas pelo CEJ, que a omissão imprópria consome a omissão própria, tendo Eduardo Correia se pronunciado em sentido oposto. Também para André Lamas Leite do que se poderia, *in casu*, falar é de uma relação de consunção. Por sua vez, Taipa de Carvalho opta por defender uma relação de subsidiariedade.

²⁶⁹ Nesse sentido, MARIA DO CÉU NEGRÃO, *Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que o obriga a evitar o resultado*, RMP, Lisboa, A. 7, (25), Abril-Junho de 1986, p. 46.

²⁷⁰ Assim, tal como estatui o ponto 30.º do preâmbulo do C. Penal, o art. 200.º “contemplará os casos ou as situações em que a inexistência do dever jurídico conduziria a aberrantes e injustas absolvições.” Nesse sentido, MANUEL LEAL HENRIQUES / MANUEL DE SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982*, Vol. I, Reimp. Lisboa: Editora Rei dos Livros, Abril de 1989, p. 38.

VI. A Inexigibilidade da Conduta

Em relação a este ponto, faremos apenas referência à inexigibilidade da conduta contida no n.º 3 do artigo 200.º, e de algumas questões que ressaltam, abstendo-nos de suscitar a totalidade dos problemas atinentes, cuja complexidade iria levar à abordagem de questões de elevada complexidade, como o conflito de deveres e a teoria do risco.

1. O n.º 3 do artigo 200.º do Código Penal.

A incriminação da omissão de auxílio pode ser ilidida *quando se verificar grave risco para a vida ou para a integridade física do omitente ou quando, por outro motivo relevante, o auxílio lhe não for exigível*²⁷¹.

A simplicidade da redacção do preceito, em articulação com o vocábulo «*não é punível*» pode levar, numa interpretação literal, à conclusão de tal cláusula consubstancia uma causa de exclusão da culpa. Compete ao intérprete fazer uma interpretação da norma, não olvidando a *ratio* do preceito, para descortinar a natureza jurídica da cláusula de inexigibilidade.

Neste ponto diverge a doutrina, pelo que apontam duas grandes correntes: uma que considera este n.º 3 uma cláusula excludente de tipicidade²⁷², e outra que aponta para uma cláusula excludente da ilicitude da conduta. Vejamos então as duas possibilidades.

A doutrina que defende que a cláusula de inexigibilidade seria uma causa de exclusão da tipicidade refere que deve ser feito um juízo de censurabilidade da conduta perante um indivíduo que não actue face a uma situação de grave necessidade, quando se verifique risco grave para a sua vida e integridade física, pelo que não haverá lugar a punição devido à ausência de culpa. Por sua vez, considerar que a ordem jurídica apenas desculpa a conduta contrária ao direito face à situação de risco pessoal do agente é afirmar a existência do dever de auxílio, ainda que a sua prestação configure um acto de heroísmo²⁷³ por parte do agente, desculpando, em alguns casos, o incumprimento da conduta devida tornando-a inexigível. Da mesma forma, conferir à cláusula de inexigibilidade a natureza

²⁷¹ Cfr. Redacção do n.º 3 do artigo 200.º do Código Penal.

²⁷² Nesse sentido, JESCHECK, nota 124, p.870.

²⁷³ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 93.

de exclusão de ilicitude, é exercer uma valoração jurídica que, para os Autores em causa, não deve existir face à ausência de objectividade da conduta. Aqui, a exclusão da tipicidade faz desaparecer o próprio dever de actuar, e com ele o tipo²⁷⁴, por isso, a omissão de auxílio só terá relevância jurídico-penal, quando não implicar um sério perigo para a vida e a integridade física do sujeito que se depara perante a grave necessidade. Revela-se pois uma restrição à configuração do tipo de omissão de auxílio²⁷⁵. Assim, o dever de agir só nasce quando o *facere* não importe um risco pessoal para quem pode prestar o auxílio, facto que, defende a doutrina em questão, “afasta *in limine* qualquer indício de ilicitude, pelo reconhecimento prévio da conformidade da conduta com a ordem jurídica”²⁷⁶.

A posição acima descrita tem como fundamento a lógica de que a incriminação do comportamento omissivo *in casu* é o dever de solidariedade, que é contrariado com os comportamentos egoísticos diante situações aflitivas que necessitam da mínima interferência. Entretanto, esse desinteresse deve ser censurável, pois não há imposição legal para uma pessoa ser um herói ou santo²⁷⁷. Relativamente à inércia do omitente, optou o legislador por incluir somente os riscos para a vida e a integridade física, ficando, portanto, excluídas as situações que envolvam riscos de natureza patrimonial ou mesmo interesses de terceiros. Deste modo, o legislador conseguiu evitar uma grande polémica que se desenrolou em Espanha, na doutrina e na jurisprudência, acerca da interpretação da expressão «risco próprio e de terceiro», previsto no artigo 195.º, já supra referido. Tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido que a recusa do auxílio por medo de incriminação penal configura um risco próprio²⁷⁸. Atendendo a esta posição, se não se exige uma eleição prévia dos valores que podem integrar a situação de risco, não se realizando uma ponderação dos valores e interesses em conflito, o dever de prestar auxílio deixa de ser aplicável, por não se conseguir restringir o seu âmbito.

²⁷⁴ JESCHECK, nota 124, p. 870: “Así, la omission de socorro está sometida a la restricción de que nadie debe aceptar ponerse en serio peligro o sufrir outro menoscabo considerable para dar cumplimiento a su deber de auxílio”.

²⁷⁵ O Código Penal brasileiro integra a situação de inexigibilidade dentro do tipo penal «deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal (...)». O Código Penal espanhol também contempla no próprio corpo do artigo, *ex vi* artigo 195.º, n.º 1 «(...) cuando pudiere hacerlo sin riesgo (...)». Também a lei penal alemã optou pela incriminação do dever de auxílio condicionado à inexistência de um relevante perigo próprio. CADOPPI, nota 14, p. 185.

²⁷⁶ BERNARDINO GONZAGA, nota 31, p. 190.

²⁷⁷ Nesse sentido, NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio, 1949, p. 398.

²⁷⁸ STS de 20 de Maio de 1994, *in* GUILLERMO, p. 366.

É imperativo que sejam traçados os limites da obrigação de prestar auxílio, mesmo que isso implique um juízo valorativo relacionado com as circunstâncias de facto. Em consonância, o legislador optou por considerar que, em situações de grave risco, a inércia do omitente será inexigível. A escolha da expressão “risco”, ao invés de “perigo” foi intencional, relevando, como critério, a ampla reflexão doutrinária sobre a opção entre as expressões «risco» e «perigo»²⁷⁹. Porquanto o risco a que alude a lei só se consubstanciará se o indivíduo realizar a prestação de auxílio. Assim, pode constatar-se, através de uma perspectiva *ex ante* das circunstâncias de facto, ou seja, o risco afere-se antes, o perigo concretiza-se com a acção de prestação de auxílio²⁸⁰.

Não obstante, não é qualquer risco que leva à exclusão da punibilidade, tendo este de ser sério e relevante, de forma a excluir a imputação do crime ao agente e «suficientemente importante para que uma pessoa razoável, colocada em condições idênticas e possuindo as mesmas capacidades pessoais, recue em face do perigo em que traduziria a intervenção»²⁸¹.

A parte final do n.º 3 do artigo 200.º do C.P. contempla uma inexigibilidade genérica, inferida da expressão “outro motivo relevante”. Inspirado no STGB, esta expressão permite a inclusão de todas as situações em que, devido às circunstâncias factuais, não seja exigível uma acção por parte do agente²⁸². Na verdade, a exclusão da culpa *in casu* justifica-se porque determinadas circunstâncias externas exercem uma espécie de coacção sobre o sujeito, funcionando como um obstáculo ao cumprimento do dever²⁸³.

²⁷⁹ O perigo denota a possibilidade de um resultado lesivo, tendo como características a iminência e a actualidade. Já o risco significa que o perigo não se concretizou. In RODRIGUEZ MOURULLO, apud MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 94.

²⁸⁰ Cfr. nota 139, p. 95.

²⁸¹ Du Jardin; a doutrina alemã postula a existência de uma relação adequada – *angemesener Verhaltnis* – entre o perigo para os bens alheios e o risco para bens do próprio agente, isto é, uma relação proporcional – *angemesener Proportion* – entre os dois interesses. Assim, SCHÖNKE-SCHRÖDER, cfr. nota 156.

²⁸² V.g. uma testemunha de Jeová não levará outra testemunha de Jeová ao hospital, em caso de acidente, por temer a realização de uma transfusão de sangue.

²⁸³ FIGUEIREDO DIAS, nota 228, p. 78.

VII. Os problemas de Comparticipação e Tentativa

1. Crimes de omissão por comissão

Importa agora fazer referência a uma categoria de casos que Roxin designa como “omissão por comissão”, cuja particularidade reside, precisamente, no facto de estarem em causa acções que seriam tratadas como se de omissões se tratassem, a nível de responsabilidade penal. Nestes casos, o tipo legal de crime é preenchido através de um comportamento que, não consubstanciando uma mera inactividade, se realiza mediante um verdadeiro comportamento activo.

Não pretendendo fazer aqui uma análise completa das várias situações que poderão integrar esta forma de realização do crime de omissão de auxílio, iremos apenas elencá-las, recordando os critérios que têm sido enunciados para subsumir determinados comportamentos ao crime do artigo 200.º.

Para o Autor, existem quatro hipóteses: a participação activa num delito de omissão; a *omissio libera in causa*; a interrupção de um processo de salvamento já iniciado pelo agente, e a interrupção de um tratamento médico.

A primeira ocorre com a instigação de alguém por outrem a não praticar a acção que lhe era imposta²⁸⁴; a segunda consiste na auto-colocação, por parte do agente, num estado de impossibilidade para cumprir a acção que lhe era imposta²⁸⁵; a terceira sucede quando o indivíduo se arrepende, no decorrer do processo de salvamento, acabando por inviabilizar a protecção dos bens jurídicos ameaçados²⁸⁶; enquanto a quarta e última hipótese surge em casos de medicina muito específicos, por exemplo, “não existindo mais motivos para prolongar o estado de morte cerebral”, o médico desligar o aparelho de suporte vital que mantinha o indivíduo a respirar²⁸⁷.

²⁸⁴ Exemplo seria alguém instigar outra pessoa a não proceder ao auxílio a que estava vinculado nos termos do artigo 200.º C. Penal.

²⁸⁵ Exemplificando, será o caso de “um socorrista que se embriaga para não poder prestar auxílio num acidente”. Nesse sentido GÜNTHER STRATENWERTH, nota 5, p. 381, tradução nossa. Situação semelhante encontramos nos crimes por acção, na denominada *actio libera in causa*, em que o agente no momento em que actua se encontra em estado de inimputabilidade, mas tal só ocorre porque o mesmo se colocou deliberadamente nesse estado.

²⁸⁶ Exemplo desta hipótese será o caso de alguém que procede a um salvamento no mar, para tal utilizando uma corda, e que a meio se arrepende acabando por impedir a situação. Diverso seria o caso em que, o agente já tivesse agarrado a corda de salvamento, situação em que se estaria verdadeiramente perante um crime comissivo.

²⁸⁷ Nesse sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, nota 25, p. 45. Situação diferente seria se fosse um terceiro a desligar a máquina, porquanto nesse caos seria já uma conduta activa.

Aqui chegados, importa referir que não parece levantar problemas a admissibilidade do preenchimento do tipo legal em questão através de um comportamento activo, particularmente quando esse comportamento se traduz na desistência da intenção de prestar o auxílio necessário²⁸⁸. Nestas circunstâncias, o comportamento do sujeito activo, pese embora a sua natureza positiva, poderia subsumir-se ao tipo constante do art. 200.º, dado entender-se que, configurando este preceito um tipo de carácter imperativo, esse comportamento fez fracassar o mandato²⁸⁹.

Recorrendo, ainda, a um critério lógico, poder-se-á dizer, com Gossel, que o «não prestar ajuda significa não só permanecer inactivo mas também o impossibilitar a ajuda por acção»²⁹⁰. E, nesta medida, caberia no âmbito do crime de omissão de auxílio todo o tipo de conduta em que se impediu que o auxílio se concretizasse, tal como a conduta do agente que impede a utilização de um meio necessário à acção de salvamento²⁹¹. Do mesmo modo, poderia configurar uma omissão de auxílio a atitude do sujeito activo que destrói o meio material indispensável à prestação de auxílio²⁹².

Contudo, as dificuldades surgem quando se impõe definir, entre os comportamentos aludidos, quais os que deverão ser classificados, não como simples omissões de auxílio, aos quais corresponderia a moldura penal contida no art. 200.º, mas como realizações do crime activo correspondente ao resultado que sobreveio para a vítima. Por outras palavras, quando é que é legítimo considerar, face às circunstâncias fácticas específicas, que se justifica a imputação ao agente do evento lesivo para bens jurídicos do sujeito passivo, a título comissivo.

O critério da causalidade, inicialmente escolhido, mostrou-se manifestamente insuficiente para colmatar as dúvidas que, entretanto, surgiram aquando da retirada de conclusões.

Desde então, foram sendo tidos em consideração outros critérios que postulam o percurso a seguir na caracterização das condutas cuja delimitação é mais duvidosa. Para um sector da doutrina, há que verificar se o agente actuou dolosa ou negligentemente, se a sua

²⁸⁸ Assim, o agente que dirige o seu barco ao local do rio onde se encontra um indivíduo prestes a afogar-se, mas que, percorridos alguns metros, decide regressar à margem, ou, para utilizar o exemplo de escola, o agente que lançando uma corda à vítima num primeiro momento, a retira logo em seguida.

²⁸⁹ ROXIN, nota 31, p. 172. No mesmo sentido, Maurach.

²⁹⁰ *De la teoria del delito de omision en dos estudios sobre la teoria del delito*, Monografias Jurídicas, Ed. Temis Bogotá, 1984, p. 66.

²⁹¹ O barco ou o telefone para chamar uma ambulância.

²⁹² Provocando, por exemplo, intencionalmente uma avaria no veículo destinado ao transporte do necessitado, ou destruindo a bóia destinada ao salvamento.

actuação positiva se tem por socialmente adequada, lícita ou desculpável, e se, finalmente, se omitiu um comportamento esperado através do qual se teria evitado um resultado²⁹³.

Gossel coloca o acento principal na «criação de um perigo complementar para a vítima», determinando a imposição ao agente de uma obrigação especial de evitar o resultado²⁹⁴, enquanto Schmidt aponta como critério decisivo o «sentido social do acontecimento»²⁹⁵. Já Roxin postula a utilização de um critério jurídico numa perspectiva lógica e teleológica²⁹⁶.

Não pretendendo alargar o âmbito da investigação da presente dissertação, concluiremos apenas, com Maria Leonor Assunção, para a caracterização de uma conduta como sendo um crime de omissão de auxílio ou como sendo um crime de omissão por comissão é decisiva a determinação do significado ético-social da mesma conduta. Assim, deve ser levada a cabo uma análise cuidada das circunstâncias de facto conformadoras de um comportamento que, submetido a critérios de valoração ético-social, e tendo como referência o ordenamento jurídico-penal, permitirá fixar o grau de desvalor dessa mesma conduta²⁹⁷.

2. Os problemas de comparticipação

A matéria da comparticipação encontra-se prevista nos artigos 26.º, 27.º, 28.º e 29.º do CP, em que se traduz nas hipóteses em que várias pessoas concorrem para a prática de um facto penalmente relevante. Podemos, genericamente, definir a comparticipação

²⁹³ Cfr. JESCHECK, nota 124, p. 830: o caso do agente que impede a entrada, em sua casa, de uma criança que foge a um cão raivoso, em que conclui pela existência de uma conduta comissiva por omissão.

²⁹⁴ De acordo com a teoria propugnada, o indivíduo que interrompe o processo de salvamento por ele iniciado, por exemplo, o indivíduo que começando a nadar em direcção à vítima interrompe o percurso a meio, regressando à margem, cria um perigo complementar para o necessitado, pelo que fica, a partir desse momento, obrigado a efectuar uma acção de salvamento independentemente da que resulta o §323.º, alínea c) do STGB, caso não a efectue, comete um homicídio por omissão.

²⁹⁵ Apud JESCHECK, nota 124, p. 831.

²⁹⁶ No que tange aos casos de interrupção de um processo de salvamento próprio, considera Roxin determinante para a caracterização de uma conduta como activa que o processo de salvamento haja sido interrompido quando tenha já atingido a esfera da vítima, isto é, que esta tivesse adquirido uma posição tal que lhe permitisse afastar o perigo por si só. Tratando-se de interrupção ou impedimento de um processo de salvamento alheio, existirá um crime comissivo quando a conduta do sujeito activo inviabilize o salvamento da vítima, dado não existirem no local outros meios de salvamento disponíveis – apelando ao denominado *monopólio dos meios de salvamento*.

²⁹⁷ Nesse sentido, Roxin.

criminosa para o direito português como uma situação de pluralidade de intervenientes num facto.

As regras de comparticipação criminosa visam saber responder, dentro da prática de um facto, quem é que é responsável, porquê e em que termos. São regras necessárias para, no fundo, se poder aplicar as regras da parte especial a outras pessoas que não apenas àquelas que praticam o facto por si mesmas.

Sendo certo que as normas da parte especial carecem em alguns casos das normas da parte geral para integrar outros comportamentos, as normas dos arts. 26.º e 27.º do CP são normas que por si só não têm valor, são normas que se têm que relacionar com as normas da parte especial. E nestas relações entre as normas referidas, e ainda o art. 28.º do CP, com as normas da parte especial, temos por base um conjunto de outras regras. Assim, os arts. 26.º, 27.º, e 28.º contêm regras de extensão da tipicidade, ou seja, que visam tornar típicos comportamentos que não o eram.

As regras da comparticipação criminosa visam valorar contributos que não são imediatamente subsumíveis aos tipos de ilicitude da parte especial, isto é, que em conjunto com as regras da parte especial, criam uma nova regra de valoração jurídica, nesse sentido estendendo a tipicidade da parte especial.

A comparticipação criminosa assenta na distinção fundamental entre autoria e participação. Na Autoria distingue-se entre autoria imediata; autoria mediata, e co-autoria. Na participação criminosa, entre instigação e cumplicidade.

Atentas as formas de comparticipação existentes, iremos analisar, brevemente, a sua relação com o crime previsto no artigo 200.º do CP.

2.1 – Autoria

Relativamente a esta matéria, entraremos no critério emergente do art. 26.º do CP, donde resulta que o Autor é *quem executa o facto por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou toma parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo da execução.*

2.1.1 – Autoria Imediata

Em primeiro lugar, importa referir que as figuras da comparticipação criminosa são regras de imputação do facto a um certo sujeito. Enquanto a teoria da imputação objectiva relaciona uma acção e um certo resultado, a teoria da comparticipação criminosa (teoria do domínio do facto) relaciona um certo agente com uma acção.

Nos casos de autoria material o autor do facto ilícito é aquele que tiver materialmente o domínio da acção típica, isto é, o autor do facto é aquele que tem o domínio da acção. Mas estes casos não levantam particulares problemas, porque quem tem o domínio do acção típica preenche desde logo o tipo da parte especial, em rigor seria desnecessária previsão de uma situação de autoria material.

Corresponde à primeira proposição do art. 26º CP quando se diz que “é punível como autor quem executa o facto por si mesmo”, deve entender-se esta expressão como aquele que no fundo detém o domínio positivo da acção que integra o tipo de ilícito.

A autoria (imediata) ocorre quando alguém pratica um crime directamente, sem interposição de qualquer outra pessoa.

Já referimos anteriormente o círculo de pessoas abrangidas pelo mandato emergente do artigo 200.º²⁹⁸.

Assim, Autor no crime de omissão de auxílio é toda e qualquer pessoa que, encontrando-se numa relação espaço-temporal com a situação da necessidade descrita no normativo em estudo, não realiza, podendo fazê-lo, as diligências que se afiguram necessárias ao afastamento do perigo para os bens jurídicos da vítima, seja pessoalmente, ou através do recurso a auxílio de terceiros.

São pressupostos do dever de actuar, por um lado, o vínculo de proximidade fáctica e existencial e, por outro, a possibilidade de prestar o auxílio que se revele necessário ao afastamento do perigo.

Autor pode ser ainda quem, não se encontrando no local no momento da ocorrência que causou o estado de necessidade, possuindo os conhecimentos ou os meios adequados ao auxílio, seja chamado a prestar socorro e se recuse a atender à solicitação.

²⁹⁸ Remetemos para o Cap. IV, Ponto 1.

2.1.2 – Autoria Mediata

O domínio do facto, neste caso, já se materializa de uma forma diferente, que vem prevista na segunda proposição do art. 26.º do CP e se traduz na situação em que alguém pratica o facto “por intermédio de outrem”.

Na perspectiva de Roxin significa que a pessoa não tem materialmente o domínio da acção, mas tem ainda perante o facto uma situação de poder que lhe permite conduzir a lesão para o bem jurídico. Ora, surge-nos a questão: Qual é a realidade sobre a qual incide esse poder? Na perspectiva de Roxin é o domínio sobre a vontade do autor material, isto é, nas situações de autoria mediata há um domínio da vontade que permite no fundo dizer que o poder que o sujeito detém de fazer evoluir a agressão para um certo bem jurídico é o domínio que esse sujeito tem sobre a vontade daquele que executa materialmente o facto.

A situação de autoria mediata tem, portanto, esta particularidade: a acção materialmente é praticada por uma pessoa, mas existe uma outra que está por detrás dela que não praticando materialmente a acção, tem um poder de conduzir o facto porque domina a vontade da pessoa que tem poder materialmente sobre a acção.

Esta ideia de utilização, de instrumentalização, é fundamental para as situações de autoria mediata, porque quem pratica materialmente a acção é instrumentalizado por outrem. E é nesta instrumentalização que reside o momento do domínio: aquele que instrumentaliza outra pessoa, levando-a a praticar um facto, detém sobre esse facto um poder que essa outra pessoa não tem.

Posto isto, questionamo-nos em como é que se podem concretizar estas formas de domínio da vontade? Em primeiro lugar, existe domínio da vontade sempre que se verifica uma situação de indução em erro relevante.

Genericamente pode dizer-se que a indução em erro relevante (aquele no fundo que inculca o dolo) corresponde a uma situação de exercício do domínio do facto, por referência ao domínio da vontade. Quem induz outra pessoa em erro relevante exerce um domínio sobre a vontade dessa pessoa e, portanto, o facto que essa pessoa pratica é imputável ao sujeito que a instrumentaliza.

Um segundo conjunto de situações identificado por Roxin traduz-se num domínio sobre vontades débeis e instrumentalizáveis, como por exemplo as crianças e os inimputáveis em razão de uma anomalia psíquica.

Nestas situações entende Roxin que quem utiliza uma criança ou um inimputável (incapaz de culpa genericamente) tem, em função da sua posição de ascendente sobre essa pessoa, um domínio na possibilidade de conduzir o perigo para o bem jurídico. Portanto, uma outra forma de praticar o facto através de outrem, ou instrumentalizando outrem, é utilizar alguém que tenha uma vontade débil e que pode ser conduzida perante o ascendente de outra pessoa: inimputáveis em razão da idade, pessoas que actuem sem consciência da ilicitude ou inclusivamente alguém que seja inimputável por anomalia psíquica.

Um terceiro grupo traduz-se nas situações de coacção psicológica irresistível, onde Roxin identificou um terceiro leque de situações que correspondem ao exercício do domínio da vontade quando alguém exerce sobre outrem uma coacção psicológica irresistível.

Estes três conjuntos de situações (situações de indução em erro relevante; situações de utilização de inimputáveis, ou de vontades débeis ou instrumentalizáveis; e situações de coacção psicológica irreversível) conduzem a que o facto materialmente praticado pelo executor material seja atribuído, imputado ao autor mediato, àquele que no fundo detém o domínio da vontade do executor material.

Roxin cria, além destes, um quarto grupo de situações de autoria mediata: são situações em que alguém exerce um domínio da vontade dentro de um aparelho organizado de poder.

A ideia fundamental de Roxin traduzir-se-ia em identificar situações em que a cadeia hierárquica entre várias pessoas era de tal forma forte que quem praticava materialmente a acção em rigor praticava-a, mas essa acção era de outrem.

Importa frisar que nestas situações de autoria mediata, a figura é sempre dolosa, pois sendo uma extensão do tipo da parte especial, se o tipo é doloso a extensão também será dolosa. Por outro lado, a ideia de domínio do facto é incompatível com uma atitude negligente. A ideia de domínio pressupõe consciência e vontade para que se possa no fundo dirigir o perigo. Teresa Beleza sustenta que a teoria do domínio do facto é incompatível com os crimes negligentes, e que, por outro lado, nos crimes negligentes é completamente desnecessária a teoria do domínio do facto.

Concretizando, em relação ao crime previsto no art. 200.º do CP, estamos em condições de afirmar, com Maria Leonor Assunção, que só poderá adquirir a qualidade de autor mediato o agente que não detivesse, no momento do crime, a possibilidade de

actuar, ou seja, de prestar o auxílio requerido²⁹⁹, uma vez que, detendo essa possibilidade, adquiriria, desde logo, a qualidade de autor imediato, ou, quando muito, de co-autor, a admitir-se esta forma de participação. Assim, torna-se reduzido o círculo de hipotéticos autores mediatos aos indivíduos que, não detendo a possibilidade material de prestar o auxílio, impedem outrem de o fazer³⁰⁰.

Seguindo esta linha de pensamento, poderia considerar-se autor mediato o indivíduo A que, não sabendo nadar, induz em erro um outro sujeito C que se encontrava no local, acerca da situação de necessidade em que se encontra B, na realidade, prestes a afogar-se, dizendo que se trata de uma brincadeira³⁰¹. Conquanto se possa admitir que neste caso A tenha actuado positivamente, é, a nosso ver, duvidoso que a sua conduta possa configurar, sem mais, a realização de um crime de homicídio, caso a vítima viesse a falecer. Supondo ainda que o comportamento de A, longe de se dirigir à produção da morte da vítima por afogamento, se fundamenta no receio do eventual perigo que representa para C (que é seu familiar) a acção de salvamento e, para além do mais, se encontram no local outras pessoas com possibilidade de prestar auxílio³⁰².

Pense-se ainda no caso do indivíduo paralítico que, alegando que o seu estado de saúde impõe a presença permanente de um empregado, impede este, mediante coacção, de actuar em auxílio da vítima de uma agressão que se encontra caída no solo aparentemente inconsciente. Também aqui é possível admitir que o paralítico realizou uma conduta activa, podendo, quanto a nós, integrar, ainda que teoricamente, o crime de omissão de auxílio.

²⁹⁹ Reitera-se a ideia de que não se exigem ao autor do delito qualidade ou conhecimentos específicos. A possibilidade de prestar o auxílio necessário à situação típica é, na maior parte dos casos, a possibilidade de transportar a vítima a um local onde possa ser assistida por profissionais de saúde, ou a possibilidade de solicitar o transporte adequado a esse fim. Por outro lado, são inúmeras as situações em que o auxílio a prestar se traduz em actos simples, como por exemplo, o caso de escola em que, para socorrer uma criança que se está a afogar, basta levar a cabo um simples esforço de estender o braço para a retirar da água.

³⁰⁰ Segundo Rodriguez Mourullo, autor mediato poderá ainda considerar-se o agente que, não se encontrando directamente obrigado ao dever de prestar socorro, impede a sua prestação por terceiro. Por exemplo, o sujeito D que não se encontrava no local do sinistro, aborda R no caminho que este seguia a fim de solicitar socorro para a vítima X, e força-o, mediante coacção física, a seguir numa direcção oposta impedindo assim que a vítima seja assistida. D não pretende provocar a morte da vítima que nem sequer conhece, mas por qualquer razão necessita do veículo de R., entretanto a vítima X vem a ser assistida mais tarde por terceiros e salva-se. Cfr. nota de rodapé 72, p. 295.

³⁰¹ Exemplo idêntico, embora com diferente finalidade, é referido por TERESA BELEZA, *Direito Penal*, 2.º volume, Textos de actualização, AAFD, 1988, p. 53. Diga-se que, de igual modo, se poderá aceitar aqui uma situação de autoria (imediata) se se entender que o agente «não promoveu o socorro» como impunha o art. 200.º.

³⁰² Pelo que não se coloca o problema de uma denominada situação de monopólio. Se se entender que a conduta de A preenche o tipo legal de crime de homicídio por omissão, sempre se poderá concluir pela existência de uma situação de inexigibilidade que afasta a culpa.

2.1.3 – Co-Autoria

Nas situações de co-autoria existe uma repartição de funções em que existe, por parte de cada um dos co-autores, um domínio funcional do facto, isto é, de acordo com o contributo que presta, o sujeito, pelo papel que tem, pela função que desempenha dentro do plano, detém um domínio funcional do facto.

A co-autoria está prevista na terceira proposição do art. 26º CP quando se diz “toma parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros”.

Um dos elementos da co-autoria é um elemento de carácter misto, que é o acordo, ou seja, para existir co-autoria é necessário que exista um acordo, este é uma concertação de vontades para a prática do facto; pode ser uma decisão conjunta prévia, ou pode ser uma decisão no momento da prática do facto.

Esta concertação de vontades existe na co-autoria e não existe na autoria mediata. Na autoria mediata existe uma vontade de dirigir o facto por parte do autor mediato, mas não há concertação de vontades, ao passo que na co-autoria há esta concertação de vontades.

Portanto, é necessário um acordo, que pode ser prévio ao facto ou pode ocorrer no momento da prática do facto. Pode ser, por outro lado, expresso ou tácito. O que é necessário é que exista um acordo que se traduz nesta concertação de vontades para a prática do facto.

Embora existam sectores da doutrina³⁰³ que negam a relevância da co-autoria nos crimes de omissão, chegando mesmo a pôr em causa a sua existência fáctica, tem vindo a surgir uma tendência para a admitir, por parte de outros sectores doutrinários³⁰⁴.

Para os defensores desta última posição, para se consubstanciar a figura da co-autoria nos crimes omissivos, basta dois ou mais agentes, sobre os quais recaia a mesma obrigação de actuar, decidirem, mediante um acordo prévio de vontades, não actuar no sentido ordenado, agindo em conformidade.

No que respeita ao crime de omissão de auxílio, são co-autores os agentes que se encontrarem, ao mesmo tempo, perante a situação fáctica descrita no tipo legal e decidam, prévia e conjuntamente, não prestar o auxílio devido ao sujeito passivo necessitado.

³⁰³ Na doutrina alemã, Kaufmann e Stratenwerth; na doutrina belga, Du Jardin e J. Constant; para a doutrina francesa Morgenthal, e representantes da doutrina espanhola, Rodriguez Mourullo.

³⁰⁴ Neste sentido, Guarneri e N. Monreal.

Face ao ordenamento jurídico-penal português, para existir comparticipação delituosa sob a forma de co-autoria, são necessários dois requisitos, por um lado, uma decisão conjunta de realização de um facto criminoso, e, por outro, a execução conjunta do mesmo facto. Ora, às dificuldades inerentes à admissibilidade de uma resolução que opere por mera inactividade, acrescem as incertezas relacionadas com a concepção de uma realização omissiva conjunta, que podem ser solucionadas através da consideração da natureza normativa, apelando ao bem jurídico tutelado. No artigo 200.º, não se pune a mera inactividade, mas sim o não cumprimento de um dever, ou seja, pune-se quem não agir no sentido de prestar o auxílio necessário para afastar um perigo para os bens jurídicos da vítima.

Assim, partindo do pressuposto em que há uma pluralidade de agentes colocados perante o circunstancialismo fáctico e típico, é possível admitir uma decisão conjunta que se dirija à recusa na prestação auxiliadora e, portanto, à manutenção da situação de perigo típica, para além dos casos em que essa mesma prestação depende de vários agentes³⁰⁵.

2.2 – Instigação

A instigação ocorre quando o partícipe motiva, estimula, convida o agente a praticar o crime. Há uma provocação. O induzimento pode ser uma forma de instigação, de acordo com alguns autores. É uma intervenção moral no facto. Por outras palavras, o instigador é aquele que dá uma indicação ou uma ordem a outrem, para que esse outrem cometa um facto ilícito. De acordo com o art. 26.º do CP, é aquele que determina dolosamente outra pessoa à prática do crime. Já em relação ao crime de omissão, instigar é «dissuadir do cumprimento do mandato»³⁰⁶.

Em particular, quanto ao crime de omissão de auxílio, a instigação traduz-se no acto, mediate o qual se cria em outra pessoa, de forma intencional, a decisão de não prestar auxílio à vítima, conhecida que seja de ambos os agentes a situação de necessidade e

³⁰⁵ Imaginemos o caso de um homem e uma mulher, que mantêm uma relação extra-conjugal, assistirem, casualmente, a um desastre ocasionado por um aluimento de terras, do qual resultam pessoas gravemente feridas, e que, decidem, por acordo em comum, abandonar o local sem prestar qualquer assistência, para não correrem o risco de ser revelado publicamente a sua presença no local, receando as consequências que poderiam surgir para a situação familiar e profissional de ambos.

³⁰⁶ Nesse sentido, Welzel.

perigo para os bens jurídicos. O instigador limita-se, portanto, a provocar no agente a resolução de não actuar no sentido ordenado.

Quanto à instigação valem, *mutatis mutandis*, as considerações efectuadas para a autoria mediata.

Contudo, se, por acaso, o indivíduo que instiga outro a não actuar em auxílio do sujeito passivo, detém a possibilidade material de prestar ele próprio auxílio, aqui deixamos de ter uma situação de instigação, mas tendo um caso de autoria imediata, ou, em último caso, de co-autoria³⁰⁷.

A subsunção ao tipo legal omissivo da conduta activa em que se traduz o processo doloso de criação em outrem de uma decisão não parece suscitar dificuldades. Face à natureza normativa da omissão de auxílio, já constatámos que a participação mediante uma actuação positiva é comportável, certamente, pela estrutura do crime previsto no art. 200.º. não obstante, deverá ser feita uma análise, caso a caso, das circunstâncias de facto que conformam a conduta do agente, para se poder averiguar da inexistência de elementos que, na perspectiva do nosso ordenamento jurídico, permitam concluir que o desvalor ético-social que a mesma traduz fundamenta a sua classificação como crime de comissão por acção.

2.3 – Cumplicidade

No caso da cumplicidade, estamos perante uma situação de auxílio material para a prática do delito³⁰⁸, que se traduz no acto de apoio a um facto praticado por outrem.

Nos delitos omissivos, a cumplicidade, tal como a instigação, como participação no ilícito típico do autor tem sido admitida pela doutrina penal³⁰⁹. Obviamente, impõe-se que não impenda sobre o cúmplice o dever de actuar que o elevaria à categoria de autor ou co-autor.

³⁰⁷ Autor do crime de omissão de auxílio por instigação é, p. ex., o indivíduo B paraplégico, que oferece uma determinada quantia em dinheiro ao proprietário de um veículo, para poder ser transportado a uma localidade onde deseja chegar com alguma urgência, em detrimento do auxílio que o dono do veículo poderia prestar à vítima de um acidente de trabalho ocorrido na presença de ambos.

³⁰⁸ Por exemplo, fornecer um carro, uma arma, um catifeiro, um depósito para drogas, etc. Neste último caso, o advogado do dono do depósito deve alegar participação de menor importância a favor de seu cliente.

³⁰⁹ Nesse sentido, Stratenwerth.

No crime de omissão de auxílio, a qualificação de cúmplice passa, designadamente, pela realização de uma conduta tendente a consolidar a resolução já tomada pelo agente de não prestar auxílio à vítima, prestação a que o cúmplice não se encontra obrigado (cumplicidade moral).

Existe ainda cumplicidade quando o autor solicita a intervenção do participante no sentido de danificar ou destruir um meio material imprescindível ao salvamento³¹⁰. Destruindo o objecto necessário ao salvamento com a ajuda do cúmplice, o autor coloca-se na situação de não poder actuar em auxílio do sujeito passivo, configurada a situação de necessidade³¹¹.

3. Tentativa

O art. 22.º do CP define a tipicidade do facto tentado, onde as regras da tentativa, à semelhança das regras de comparticipação criminosa, são regras de extensão da tipicidade. Assim, é facto penalmente relevante tanto o facto consumado como o facto tentado. Note-se que as regras da tentativa são regras acessórias, pelo que não há tentativa de nada, existem sempre tentativas de factos tipificados na lei: tentativas de furto, de homicídio, etc. Mais, a tentativa é sempre dolosa e não existe, no direito penal, a situação do facto tentado negligente.

A regra geral (art. 23.º do CP) é a de que a tentativa é punida tão só quando ao crime, a ser consumado, corresponda uma moldura penal superior a três anos de prisão. Por regra, nem todas as tentativas são puníveis. Exceptuam-se os casos em que a lei estabeleça o contrário. Por outro lado, a tentativa é punida de forma diferente relativamente ao facto consumado.

A pena aplicável ao facto tentado é aquela que corresponda ao facto consumado, mas obrigatoriamente especialmente atenuada, há uma atenuação que não é facultativa, mas sim obrigatória, da pena, em matéria de facto tentado.

Esta é o reverso da medalha do erro sobre o facto típico: um é um erro por defeito e o outro é um erro por excesso.

³¹⁰ Incluem-se, neste caso, as designadas *omissio libera in causa*.

³¹¹ É o caso sobejamente conhecido do paralítico que auxilia o agente a destruir o barco que deveria ter sido utilizado para socorrer a vítima, que, não obstante, não dispensa uma investigação cuidada em termos de se excluir previamente a possibilidade de subsunção da conduta a um crime comissivo.

As situações de tentativa impossível são aquelas situações em que o agente quer um determinado resultado, mas esse resultado objectivamente não é possível verificar-se porque existe uma inaptidão do meio empregue, ou porque inexistente o objecto, ou porque o agente não tem a qualidade típica exigida para o preenchimento do tipo.

Se para a generalidade das pessoas e dentro de uma filiação numa teoria da impressão, for visível ou evidente que aquele meio (usado para praticar o facto) é um meio inepto, então há uma tentativa impossível, que não é punível.

Em conclusão: em princípio a tentativa impossível só não é punível quando existir uma manifesta ineptidão do meio empregue ou quando for evidente, em termos de ser manifestamente evidente a inexistência do objecto, ou quando for manifestamente claro que a pessoa não tem a qualidade exigida pelo tipo. Daí que se possa falar em tentativa impossível em relação ao meio, objecto e agente.

A doutrina penal tem apontado para uma inadmissibilidade conceptual da tentativa nos crimes omissivos³¹².

No entanto, a opinião doutrinária actual dirige-se no sentido de aceitar a forma de crime tentado, tanto nos crimes omissivos impróprios, como nos crimes de omissão própria, admitindo ainda, quanto a estes últimos, a forma da tentativa impossível, partindo do pressuposto que o dever emerge logo que haja conhecimento do perigo. Assim, existe tentativa desde que o agente, conhecendo o agravamento do perigo que resulta da demora na realização da conduta imposta, mesmo assim, decide não reduzir o perigo, permanecendo inactivo. Fala-se de tentativa acabada quando o agente tenha deixado passar a última oportunidade para intervir, tendo em vista o impedimento do efeito lesivo, embora este não se tenha produzido³¹³.

Em relação ao crime de omissão de auxílio, a questão da admissibilidade da tentativa reflecte as linhas de pensamento da actualidade, porém, atenta a especial configuração deste crime, existe uma tendência para considerar a sua inadmissibilidade, ou, pelo menos, a sua irrelevância prática.

Deste modo, mesmo que se defenda³¹⁴ que a consumação do crime se sucede imediatamente ao «encontro» da pessoa necessitada de auxílio, sempre será de admitir que o dever de auxílio pressupõe um período de tempo útil dentro do qual a conduta

³¹² Nesse sentido, Kaufmann.

³¹³ Assim, Stratenwerth e, entre nós, Figueiredo Dias.

³¹⁴ Com um sector doutrinário importante em Itália e com a doutrina maioritária belga.

prevista deve ser realizada. Uma vez expirada a última oportunidade do agente para cumprir, de forma eficaz, o dever de actuar imposto pela norma legal, o crime consuma-se. Se, pelo contrário, esse instante não tiver chegado ainda, encontra-se o agente ainda em tempo de cumprir o dever, não podendo dizer-se que o tinha infringido ou «começado a infringir»³¹⁵. A omissão consumou-se precisamente no momento em que o agente deixou de poder prestar o auxílio necessário.

Atentemos agora para os casos de tentativa impossível da realização do crime, nas situações em que o atraso intencional da prestação de auxílio se salda em danos consideráveis para a saúde da vítima, embora esta salve a vida devido a uma intervenção do agente, ou ainda nos casos em que o agente, não querendo actuar em socorro do necessitado, é, contudo, coagido por terceiros a prestar o seu auxílio.

Revela-se, ainda, pertinente saber se o crime de omissão de auxílio pode ou não existir nos casos em que a vítima já tenha falecido. Neste caso, estamos face um perigo aparente, onde a realidade objectiva não é perceptível ao agente. Esta é uma questão muito debatida na doutrina³¹⁶, estando dividida em duas teorias distintas.

Atentemo-nos para uma das posições assumidas pela doutrina, que faz apelo às concepções subjectivistas da conduta e, através de uma perspectiva *ex ante*, valida a representação do perigo, desconsiderando, portanto, a realidade objectiva. Quer isto dizer que, partindo de uma perspectiva anterior, e tendo por referência o agente, seria de admitir a punibilidade da tentativa impossível. Na verdade, esta teoria inclui o crime de omissão de auxílio na categoria dos crimes sob a forma tentada, determinando que o tipo abarque tanto as omissões consumadas como as omissões da prestação de auxílio.

Contudo, a situação é diferente no caso português, dado que o nosso sistema penal não prevê a punibilidade da tentativa para crimes cuja pena seja inferior a três anos, tal como dispõe o artigo 23.º, n.º 1 do C.P. Ora, o artigo 200.º prevê duas penas: um ano no caso do n.º 1, e dois anos no caso do n.º 2, sendo que ambos são inferiores ao limite do artigo 23.º do CP. Além disso, o n.º 3 do artigo 23.º veda a punibilidade nos casos em que há “inexistência do objecto essencial à consumação do crime”.

Assim, temos de concluir que não é punível a realização deste crime sob a forma de tentativa, muito menos a sua punibilidade por tentativa impossível.

³¹⁵ CADOPPI, nota 14, p. 871.

³¹⁶ Admitem a impossibilidade de realização da conduta, TORIO LOPEZ, *Aspectos de la omission especial de socorro*, Anuário de Derecho Penal, 1967, P.597. Em sentido contrário, pela punibilidade da tentativa impossível, Munoz Conde, Silva Sanchez, Jacobs e Kaufman.

4. Concurso

Na determinação da responsabilidade criminal dos agentes que praticam factos penalmente relevantes podem suceder situações de anulação ou concurso de infracções, sempre que o agente com a sua conduta cometa uma pluralidade de infracções, as quais podem traduzir-se no preenchimento de vários tipos de crimes, ou do mesmo tipo mais do que uma vez.

A teoria do concurso permite distinguir os casos nos quais as normas em concurso requerem uma aplicação conjunta, das situações em que o conteúdo da conduta é absorvido por uma única das normas.

O concurso efectivo ou concurso de crimes traduz a situação em que o agente comete, efectivamente, vários crimes e a sua responsabilidade penal contempla todas essas infracções praticadas. Já o concurso aparente ou concurso de normas ocorre, uma vez que a conduta do agente só formalmente preenche vários tipos de crimes, com a concretização da sua responsabilidade a aplicação de um dos crimes afasta a aplicação de outro ou outras de que o agente tenha também preenchido os elementos típicos.

Em rigor não se pode falar num verdadeiro concurso de crimes, mas tão só em concurso de normas (concurso legal), que se traduz num problema de determinação da norma aplicável.

O tema do concurso de infracções deve ser integrado no âmbito da teoria da infracção, constituindo uma forma de crime. O que se depreende da prática judiciária, em consonância com a maioria da doutrina, é que a resolução concreta do concurso de normas opera no momento final da teoria da infracção, sendo sempre um dos últimos passos na resolução da responsabilidade dos intervenientes no crime.

A relação de concurso aparente consagra-se por conexões de subordinação e hierarquia, podendo identificar-se essencialmente três tipos de relações: relação de especialidade; relação de subsidiariedade, e relação de consumpção.

Uma norma encontra-se numa relação de especialidade em relação a outra quando acrescenta mais um tipo incriminador, porém não a contradizendo. Neste sentido, vê-se que por força de uma relação de especialidade em que as normas se podem encontrar, tanto pode subsistir a norma que contenha a moldura penal mais elevada, como a norma que contenha a moldura penal mais baixa.

Na relação de subsidiariedade, ou seja, nos casos em que a norma vê a sua aplicabilidade condicionada pela não aplicabilidade de outra norma, só se aplica a norma subsidiária quando a outra não se aplique. A norma prevalecente condiciona de certo modo o funcionamento daquela que lhe é subsidiária. Distinguem-se dois tipos, a subsidiariedade expressa, em que é a própria lei que afirma expressamente que uma norma só se aplica se aquela outra não se puder aplicar; e a subsidiariedade implícita ou material, que resulta quando, perante um raciocínio imperativo, se chega à mesma conclusão, ou seja, quando por força de uma interpretação se verificar que a relação que existe entre as normas não pode deixar de ser uma relação de subsidiariedade.

Existem tendencialmente quatro grandes situações em que as normas se encontram numa relação de subsidiariedade implícita ou material: na primeira, os crimes de perigo encontram-se numa relação de subsidiariedade implícita ou material em relação aos crimes de dano; na segunda, estamos perante casos em que subsiste uma imputação a título negligente e doloso, sendo certo que a responsabilidade por facto negligente é subsidiária à imputação por facto doloso; na terceira existem diferentes formas de participação ou autoria; e, na quarta situação, entre as condutas por omissão e por acção.

Por fim, a relação de consunção dá-se quando um certo tipo legal de crime faça parte não por uma definição do código, mas por uma forma característica, a realização de outro tipo de crime, ou seja, quando tem uma descrição típica suficientemente ampla que abranja os elementos da descrição típica da outra norma.

A finalidade das normas concentra-se sempre na tutela de bens jurídicos, sendo possível identificar em cada tipo legal a ratio da conduta descrita. A relação de consunção acaba por colocar em conexão os valores protegidos pelas normas penais. Não deve confundir-se com a relação de especialidade, pois ao contrário do que se verifica naquela relação de concurso de normas, a norma prevalecente não tem necessariamente de conter na sua previsão todos os elementos típicos da norma que derroga.

4.1. Alguns casos de concursos de normas no Código Penal

4.1.1. Artigo 200.º vs. Artigo 284.º

Foi oportunamente mencionado que o dever emanado do artigo 200.º se dirige a qualquer pessoa que se depare com a situação de necessidade e perigo para a vida, saúde e integridade física e liberdade de outro ser humano, encontrando o seu fundamento na proximidade fáctica e existencial entre o sujeito activo e o sujeito passivo, independentemente da existência prévia de vínculos especiais entre eles ou de específicos conhecimentos e meios que detenha o sujeito activo.

O dever de auxílio ao próximo tem como referentes axiológicos a solidariedade social e o respeito pelos bens jurídicos pessoais do outro. O médico, como qualquer outro homem, preenchido que seja o circunstancialismo fáctico descrito no art. 200.º, é igualmente abrangido pelo dever de actuar no sentido da norma legal. Este entendimento é aceite, unanimemente, pela doutrina penal³¹⁷ quanto ao crime de omissão de auxílio.

Tomemos então em consideração o artigo 284.º do CP que, subordinado ao título «recusa de médico», impõe ao médico o auxílio da sua profissão em caso de perigo para a vida ou grave lesão para a saúde ou integridade física de outrem que de outra maneira não pode ser removido. Como conjugar este preceito com o artigo 200.º, e como proceder na aplicação de cada um dos preceitos normativos aos casos em que se patenteia uma omissão de auxílio por parte de um médico, é tarefa não de pouca importância, como se pudesse equacionar, tanto mais que as molduras penais de ambos os tipos de crime são distintas.

Supomos então poder afirmar que o crime previsto no art. 284.º configura uma forma especial de violação do dever de auxílio, dever que aqui possui também uma característica especial, não se confundindo com a obrigação imposta pelo art. 200.º³¹⁸.

Com efeito, dirigindo-se aquele preceito a profissionais de medicina, prevê a realização por estes de uma conduta de natureza estritamente profissional,

³¹⁷ Na Alemanha, SCHÖNKE-SCHRÖDER, nota 156, p. 1865, e ainda, as decisões do Tribunal Federal Alemão, já citadas. Em Itália, U. GIULIANI, nota 171, p. 904. Em França, R. VOUIN, *Le cas du docteur Colin*, in RSCDPC, 1965, p. 826. Na Bélgica, J. CONSTANT, nota 28, p. 217, BOSLY, nota 177, n.º 53 ss. Em Espanha, F. ALBOR, *Assistencia medica Y omission del deber de socorro*, Univ. Santiago de Compostela, 1982-3, NAVARRETE URIETA, nota 27, p. 429, RODRIGUEZ MOURULLO, nota 72, p. 190 e ss., e ALAMILLO CANILLAS, nota 28, p. 200 e ss.

³¹⁸ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS e SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade Médica em Portugal*, in BMJ, Janeiro de 1984, p. 64.

compreendendo todos os actos que, com respeito pelas *legis artis* se mostrem profissionalmente adequados às circunstâncias. O art. 284.º pressupõe a impossibilidade de ser de outra maneira removido o perigo para a vida ou afastada a grave lesão para a saúde e integridade física da vítima. Está em causa a violação de um dever profissional em circunstâncias fácticas especialmente graves de perigo para a vida ou de grave lesão para a saúde e integridade física de outrem, a que acresce uma situação de monopólio, que justifica a especial agravação da moldura penal aplicável, em relação à pena prevista no art. 200.º.

De referir que não impende sobre o médico, que se depara com a situação fáctica descrita no art. 200.º, em princípio, um dever profissional, isto é, um dever mais amplo do que aquele que recai sobre qualquer outra pessoa.

Estamos de acordo com Maria Leonor Assunção³¹⁹, quando refere que «não se encontra o médico especialmente obrigado, do ponto de vista jurídico³²⁰, perante a vítima, devido à profissão que possui, embora os seus especiais conhecimentos possam ser levados em consideração aquando da determinação da prestação material de auxílio que se revelava necessária e a específica função que desempenha na sociedade possa revelar na graduação da culpa. De resto, pontue-se que ao médico não pode ser exigido um acompanhamento da vítima, em termos de lhe ministrar os subsequentes cuidados e tratamentos médicos que carece. Cabe-lhe, tão só, realizar os actos que a urgência da situação e os seus especiais conhecimentos aconselham, ficando desobrigado logo que a vítima passe a ser assistida pelos profissionais de saúde competentes para o efeito³²¹.»

Obviamente, se subsistirem os pressupostos de facto presentes no art. 284.º, incumbe ao médico o dever profissional especial de auxílio que aí vem consignado. Quer isto dizer que, reunidos esses pressupostos, a violação do dever de auxílio fá-lo-á incorrer num crime especial face ao art. 200.º, estando ambos em concurso, prevalecendo a aplicação do artigo 284.º, ao qual corresponde uma agravação da pena, nunca olvidando o princípio *ne bis in idem*.

³¹⁹ MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, nota 28, p. 117.

³²⁰ Que não numa perspectiva deontológica.

³²¹ Profissionais de saúde a exercer funções num hospital ou centro de saúde.

4.1.2. Artigo 200.º vs. Artigo 138.º/1/b)

O artigo 138.º, n.º 1, alínea b) consagra o crime de abandono, que impõe um dever especial de auxílio à pessoa que se encontra em perigo para a vida, contra o qual não se pode defender, quando a mesma foi confiada à guarda do agente, ou quando sobre ele recai o dever de a educar, vigiar ou assistir, ou que por ele foi intencionalmente incapacitada. A violação deste dever de auxílio desencadeia para o agente uma pena de prisão entre seis meses e cinco anos, que pode ser ainda elevada nos casos previstos no n.º 2 do preceito.

O dever que recai sobre o agente tem o seu fundamento, por um lado, na situação concreta e, que este assumiu um compromisso tácito ou expresso a que corresponde, por parte da vítima, uma relação de confiança, tendo subjacente uma disposição normativa ou um contrato³²², por outro lado, radica num comportamento doloso prévio do agente que potencia um perigo para a vítima³²³.

Tem, portanto, o agente uma especial posição de garante da não produção da morte da vítima, que poderia ter previsto como consequência necessária da sua conduta. Deste facto decorre a agravação da pena, que, embora inferior à designada para o crime de homicídio, é, todavia, superior à estabelecida para o crime de omissão de auxílio.

O dever específico resultante do artigo 138.º não coincide, de forma alguma, com o dever estatuído no artigo 200.º³²⁴, nem quanto à sua extensão, muito menos quanto à sua génese, pelo que podemos concluir que numa situação de necessidade em que se manifesta um perigo para a vida de outrem, o artigo 200.º apenas será aplicado ao agente que omitiu o auxílio necessário, se se verificar que não se encontram reunidos os

³²² São inúmeras as hipóteses da vida real que podem constituir o crime omissivo em causa: a empregada doméstica a quem incumbe a guarda de uma criança que abandona num local de trânsito intenso, a enfermeira que abandona o doente confiado à sua guarda, entre outros.

³²³ Aqui consideramos estar em causa uma situação de ingerência na esfera jurídica de outrem a que se segue uma omissão. O agente, através de uma conduta antecedente dolosa, coloca a vítima na impossibilidade de se defender do perigo que ameaça a sua própria vítima.

³²⁴ Nem sequer podemos encontrar uma identidade entre o dever emergente do n.º 1, alínea b), do artigo 138.º e o n.º 2 do artigo 200.º, que se fundamentam ambos na criação prévia de perigo por parte do omitente. A conduta anterior a que se refere o art. 138.º traduz-se num acto intencional originando a incapacidade do terceiro que, por essa razão, fez recair sobre o agente a obrigação de impedir o resultado lesivo dos bens jurídicos que ele poderia prever como consequência da sua omissão. O dever imposto pelo n.º 2 do art. 200.º radica numa relação fáctica de proximidade existencial, cujo estreitamento, legitimando uma agravação face ao tipo legal base evidenciado no n.º 1, não basta, todavia, para imputar objetivamente à conduta omissiva a lesão de bens jurídicos que se vier a produzir.

pressupostos referidos no artigo 138.º, ou seja, o art. 200.º é subsidiário ao art. 138.º, n.º 1, al. b).

4.1.3. Artigo 200.º vs. Artigo 10.º/2

Não querendo repetir a matéria já tratada supra³²⁵, nem entrando na complexa questão da definição dos critérios que permitem determinar quando é que impende sobre o agente o dever jurídico pessoal de impedir a produção do evento lesivo de bens jurídicos de terceiros, iremos apenas fazer menção ao dever jurídico imposto pelo art. 200.º, que não pode fundamentar a equiparação da omissão de auxílio a uma acção, em termos de responsabilizar penalmente o omitente pelo resultado que se vier a produzir, em consequência da sua conduta.

Mais, da interpretação do tipo de ilícito descrito no artigo 200.º, não se infere qualquer responsabilização do omitente pelo resultado ocorrido na vítima. Exige o preceito que o agente desenvolva as diligências necessárias para o afastamento do perigo. Se, na realidade, este colocou o seu empenho e a sua boa-vontade na realização da conduta que as circunstâncias de facto impunham como sendo necessária, tendo em vista a remoção do perigo, o facto de se produzir o resultado indesejado (morte, lesão para a saúde, integridade física ou ofensa da liberdade) não implica para o agente qualquer punição. Ao invés, se o agente omitiu a assistência devida, quer se produza ou não o resultado lesivo, aí o agente já será punido, no entanto, apenas dentro da moldura penal aplicável ao art. 200.º. O dever emergente deste preceito é um *minus* face ao dever a que alude o artigo 10.º, n.º 2.

O crime de omissão de auxílio apenas se aplicará, subsidiariamente, aos casos em que não subsiste entre o agente e a vítima uma relação específica que coloca esse agente na posição de garante da não produção do resultado lesivo. Esta conclusão é ainda retirada do n.º 30 do Preâmbulo à Parte Especial do Código Penal, porquanto «aquele preceito contemplará as situações em que a inexistência do dever jurídico conduziria a aberrantes e injustas absolvições».

³²⁵ Remetemos para o Cap. V.

4.2. Alguns casos de concurso de crimes na Jurisprudência

4.2.1.

Acórdão do STJ de 07-03-1990.

Sobre a matéria de concurso de crimes, o Supremo Tribunal de Justiça, no seu douto acórdão datado de 7 de Março de 1990, tem entendido haver concurso real entre ofensas corporais qualificadas pelo resultado morte, atendendo ao dolo eventual, e o crime de omissão de auxílio na sua forma agravada.

Neste âmbito, duas questões surgem. A primeira delas consiste em saber se é exigível um dever de auxílio quando o agente actue com dolo eventual. Consideramos não se poder exigir a prestação de auxílio aquando de uma ofensa corporal qualificada pelo resultado, uma vez que a agravação não considera a lesão no seu momento inicial. Quer isto dizer que os efeitos produzidos sobre a integridade física responsabiliza o agente não só porque ele quis realizar, mas também as consequências que derivem da sua conduta mediante um nexo causal, mesmo que não desejados, é dizer, que “a culpável inércia frente à lesão está vinculada à agravação da ferida, o agente será responsável pelo evento mais grave, no qual se insere, como crime meio, a omissão de assistência”³²⁶. O crime meio subsume o crime fim, pelo que estamos perante um concurso de normas e não mediante um concurso real.

A segunda questão a ser discutida pela douta decisão do STJ consiste em saber se a responsabilização pela lesão (ainda que fosse negligente de acordo com a postura tomada), em concurso real com a omissão de auxílio agravada, não violaria o princípio do *non bis in idem*, *maxime* que o desvalor constante da conduta comissiva ser o mesmo desvalor que está na base a conduta omissiva. Assim, consideramos estar perante um concurso aparente de crimes. A conduta ingerente (situação que causou a lesão) será valorada duplamente, ora pela comissão por omissão como elemento essencial do crime, ora como circunstância agravante na omissão de auxílio agravada, violando o princípio do *non bis in idem*. Entendemos ainda que a provocação negligente do perigo deve ser imputada ao agente como crime autónomo, e à posterior omissão de auxílio pode ser atribuída a origem de consequências jurídico-penais acessórias, como circunstância

³²⁶ GUARNERI, cfr. nota 70, p. 136; GUILLERMO PORTILLA, nota 192, p. 377.

agravante. Assim, a forma agravada deveria contemplar a acção precedente fortuita e também a conduta negligente, desde que não adviesse um resultado lesivo.

4.2.2.

Acórdão TRP de 03-10-2001

Neste acórdão, estava em causa um acidente de viação em que o arguido embatera contra o ofendido, causando-lhe danos e ficando por provar se o arguido tinha abandonado o local em busca de auxílio.

Na acusação, foi imputada ao arguido a prática, em autoria material e em concurso real, de um crime de ofensa à integridade física por negligência e de um crime de omissão de auxílio qualificada.

A sentença absolveu o arguido do crime de omissão de auxílio qualificada, e condenou-o pela prática, em autoria material, do crime de ofensa à integridade física por negligência.

O Ministério Público interpôs recurso, restrito à sentença absolutória. Foi emitido um parecer no sentido da procedência do recurso pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral Adjunto. O TRP vem declarar que a afirmação de que a conduta do arguido integra o tipo de ilícito plasmando no artigo 200.º, n.º 2 do C.P. é incorrecta.

Sustenta o douto tribunal que «o fundamento do dever especial ou potencial de auxílio pressuposto tipo qualificado do n.º 2 do artigo 200.º, e logo da agravação da punição, reside na ingerência. Porém, tal ingerência não deve ser confundida com a ingerência fundamentadora de um dever de garante, pois caso se afirme que sobre o agente recai tal dever de garante, então não estaremos já perante uma omissão pura, mas sim perante uma eventual comissão por omissão – artigo 10.º, n.º 2 do Código Penal».

O TRP não concorda com a absolvição. Diz então “como sabido, o crime de omissão de auxílio previsto no artigo 200.º é um crime omissivo (o núcleo do tipo é a inactividade do agente, em contrariedade com o dever jurídico de fazer). Por outro lado, trata-se, ainda, de um crime omissivo próprio, porquanto de mera actividade, contrariamente a que sucede com os crimes omissivos impróprios, também designados comissivos por omissão, que são crimes de resultado e aos quais se refere directamente o

art. 10.º do CP. Este último preceito impõe um dever de evitar o resultado, enquanto que o art. 200.º impõe tão só o dever de auxiliar.”

Acrescenta ainda “o crime de omissão do art. 200.º do CP é cometido sempre que alguém omite o dever de solidariedade social de prestação de auxílio que se revele necessário ao afastamento de um perigo de ofensa da vida, da saúde, da integridade física, ou da liberdade de outrem, numa situação de grave necessidade dessa prestação (...)”.

Sufragando a posição do Acórdão do STJ de 5/12/96, entende ainda o douto Tribunal “a expressão «grave necessidade» não respeita à gravidade das consequências do acidente, calamidade, etc., mas às condições anormais em que surge a violação dos bens eminentemente pessoais do ofendido, e o conceito de «afastamento do perigo» que se encontra na base do mencionado dever de solidariedade social engloba também, e necessariamente, as situações em que a violação de qualquer daqueles bens eminentemente pessoais de outrem já foi efectivada, mesmo que de forma irremediável, mas cuja extensão ou possíveis futuras consequências se não tornem perceptíveis a quem se depare com a situação em causa.”

Ainda em relação ao n.º 1 do preceito supra mencionado, entende o TRP, sufragando também a posição do douto Acórdão do TRC que “o seu elemento material se basta com a omissão ou falta de cumprimento do dever de prestação de auxílio, independentemente da verificação de qualquer resultado.” Continua o mesmo aresto “... para a verificação do dolo (eventual) basta que o agente, tendo tomado conhecimento da situação de perigo prevista na norma incriminadora, assuma conscientemente o comportamento omissivo nela previsto, aceitando, conformando-se ou mostrando-se indiferente perante a perigosidade ou situação perigosa, posto que seja capaz de realizar os actos que se revelem necessários ao afastamento do perigo, sendo irrelevante a finalidade que o agente quis prosseguir com a abstenção de socorro.”

Já no que respeita ao n.º 2 do artigo 200.º, e na esteira de Taipa de Carvalho “está-se diante de um crime específico impróprio. É a circunstância da ingerência, ou seja, o facto de ter sido o próprio omitente a ter causado (anteriormente) a situação de perigo, o que fundamenta um dever especial (potenciado) de auxílio e, conseqüentemente, a cominação de uma pena mais grave para a sua violação.”

Assim, entendeu o douto Tribunal que o arguido embateu, por não prestar atenção nem à condução do veículo que dirigia, nem ao estado da via e às pessoas que nela se encontravam e atravessavam. Mais, o arguido só se percebeu da presença do ofendido,

quando nele embateu, embora não tenha prestado qualquer auxílio nem tenha providenciado pela sua obtenção.

Face à factualidade descrita, o TRP entendeu que “ o arguido se constituiu na autoria material do crime de omissão de auxílio a sua forma agravada, configurados que se mostram os seus elementos essenciais (...).”

Conclusão

A consagração do crime de omissão de auxílio no ordenamento jurídico português revela a evolução de uma sociedade que, ao longo dos tempos, se tornou intolerante, egoísta e indiferente por parte de cada cidadão para com o outro, e que, atenta a triste realidade, motivou o direito penal a tentar equilibrar a convivência entre os membros da sociedade actual. Não se trata apenas de um reconhecimento de uma das regras básicas de educação, «o não fazer mal», mas sim tentar, de alguma forma, evitar o mal que possa surgir em determinadas circunstâncias. Baseado no princípio de solidariedade social, compete ao Direito Penal preservar os valores que devem coexistir numa sociedade, induzindo a prática e/ou o reconhecimento de valores podem melhorar o comportamento e a forma de actuar de uma determinada pessoa.

O crime de omissão de auxílio é um crime em que se pune quem não actua, quem não ajuda o próximo que se encontra em perigo, tutelando-se os bens jurídicos vida, integridade física, saúde e liberdade, que são bens estritamente pessoais. A solidariedade social é o fundamento do dever de agir, sendo um valor de difícil concretização, cabe a cada um dos agentes, que podem auxiliar alguém, concretizá-lo tendo em especial atenção as circunstâncias que rodeiam a situação de grave necessidade ou de perigo.

Atenta a natureza deste tipo de crime, o dever jurídico de actuar imposto pelo art. 200.º não pode fundamentar a equiparação entre uma acção e uma omissão, a nível de responsabilização do agente. Importa ainda referir que este preceito apenas tem aplicação quando não exista um dever especial (posição de garante) que obrigue o omitente a evitar um resultado, pelo que se conclui pelo carácter subsidiário deste crime.

Por fim, nota para a cláusula especial de inexigibilidade, que é excludente de tipicidade e que apenas confere relevância a uma omissão de auxílio caso esta não represente uma situação de risco para o próprio agente.

Bibliografia

Albuquerque, Paulo Pinto de, *Código Penal anotado à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, edição Dezembro 2008.

Assunção, Maria Leonor, *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Contributo para a interpretação do artigo 219.º do Código penal (O Crime de Omissão de Auxílio)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

Beleza, Teresa Pizarro, *Direito Penal*, 2.º Vol., Textos de Actualização, AAFDL, 1988.

Brito, Teresa Quintela de, *A Tentativa nos Crimes Comissivos por Omissão: um Problema de Delimitação da Conduta Típica*, Coimbra: Coimbra Editora, Março, 2000.

Brito, Teresa Quintela de, *Recusa de Médico «agravada pelo resultado», omissão de auxílio e abandono por médico: Delimitação e alguns problemas*, in *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, 2006.

Carvalho, Américo A. Taipa de, *A Legítima Defesa, Da Fundamentação Teorético-Normativa e Preventivo-Geral e Especial à Redefinição Dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

Carvalho, Américo A. Taipa de, *Comentário Conimbricense Parte especial*, Tomo I, Dir.: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 1233-1255.

Carvalho, Américo A. Taipa de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, Teoria Geral do crime*, 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Correia, Eduardo, com a colaboração de Figueiredo Dias, *Direito Criminal*, Vol. 1, Reimpressão, Coimbra, Livraria Almedina, 1971.

Costa, José de Faria, *Omissão (reflexões em Redor da Omissão Imprópria)*, in: BFDUC, LXXII, 1996.

D'Ávila, Fábio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*, Coimbra: Universidade de Coimbra e Coimbra Editora, 2005.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Tomo I, Questões fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a Edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro 2011.

Dias, Jorge de Figueiredo, *Aditamentos às Lições*, Ed. Policopiada, 1977.

Dias, Jorge de Figueiredo, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, Coimbra Editora, 6.^a Edição, 2009.

Dias, Figueiredo e Monteiro, Sinde, *Responsabilidade médica em Portugal*, in BMJ, n.º 332, Janeiro de 1984.

Freire, Pascoal de Melo, *Código Criminal Intentado pela Rainha D. Maria I com as provas*, 3.^a ed., Coimbra, 1844.

Gonçalves, Miguel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 11.^a Edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

Gonzaga, João Bernardino, *O Crime de Omissão de Socorro*, São Paulo, 1957.

Leal, Manuel Henriques / Santos, Manuel de Simas, *O Código Penal de 1982*, Vol. 1, Reimpressão, Lisboa: Editora Rei dos Livros, Abril de 1989.

Leite, André Lamas, *As “posições de garantia” na omissão impura: em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Mantovani, Ferrando, *Principi di Diritto Penale*, seconda edizione, Milano: CEDAM, 2007.

Mesa, M.^a José Rodriguez, *La Atribución de Responsabilidade en Comisión por Omisión*, Editorial Aranzadi, 2005.

Mourullo, G. Rodriguez, *La omision de socorro en el Código Penal*, Tecnos, Madrid, 1966.

Negrão, Maria do Céu Rueff de Saro, *Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que o obriga a evitar o resultado*, In: RMP, Lisboa, A. 7, (25), Abril – Junho 1986.

Pereira, Rui, *O dolo do perigo*, Lex, Lisboa, 1995.

Roxin, Claus, *Autoria y dominio del Hecho em Derecho penal*, Trad. da 7.^a edição alemã, por Joaquin Cuello Contreras/ José Luís Serrano González de Murillo, Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus, *Ingerencia y imputacion objectiva*, Revista Penal, Trad. por Raul Pariona Arana, LL.M., Universidad de Munich, 2002.

Roxin, Claus, *Politica criminal y sistema del Derecho penal*, Trad. por Francisco Muñoz Conde, José Luís Depalma Editor, 2.^a edición, 2.^a reimpresión.

Sánchez, Silva, *El delito de Omisión. Concepto y Sistema*, 1^a Ed., Barcelona: Bosch, 1986.

Santos, André Teixeira dos, *O dever de agir nos crimes omissivos impróprios: breve análise crítica de alguns casos*, In: RFDL, Lisboa, V. 42, N.º 2, 2001.

Sousa, Ricardo Oliveira, *A omissão e o princípio da legalidade*, In: RMP, Lisboa: S.M.M.P., 1980-. – A. 33, n.º 129 (Jan. Mar. 2012).

Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal. Parte general I. El Hecho punible.*, Trad. por Manuel Cancio Meloá, Marcelo A. Sancinetti, Madrid: Civitas, 2005.

Thonissen, J. J., *Etudes sur l'Histoire du Criminel des Pueples Anciens*, Bruxelles, 1869, Vol. I.

Urieta, José Maria Navarrete, *La Omission del deber de socorro. Exegesis y Comentário del artículo 489, bis del Código penal*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 1959.